

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FRANK ROMUALDO RECHE MACIEL

O SIGNIFICADO E AS CONDIÇÕES DE PROTEÇÃO DA ECONOMIA PELO
DIREITO PENAL: CRÍTICA DE ASPECTOS ANTIECONÔMICOS DO DIREITO
PENAL ECONÔMICO

CURITIBA

2019

FRANK ROMUALDO RECHE MACIEL

O SIGNIFICADO E AS CONDIÇÕES DE PROTEÇÃO DA ECONOMIA PELO
DIREITO PENAL: CRÍTICA DE ASPECTOS ANTIECONÔMICOS DO DIREITO
PENAL ECONÔMICO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Clara Maria Roman
Borges.

CURITIBA

2019

M152s

Maciel, Frank Romualdo Reche

O significado e as condições de proteção da economia pelo direito penal: crítica de aspectos antieconômicos do direito penal econômico / Frank Romualdo Reche Maciel; orientadora: Clara Maria Roman Borges. – Curitiba, 2019. 253 p.

Bibliografia: p. 225-248.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Direito penal econômico. 2. Becker, Gary S., 1930-2014. I. Borges, Clara Maria Roman. II. Título.

CDU 343.537

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **FRANK ROMUALDO RECHE MACIEL** intitulada: **O Significado e as Condições de Proteção da Economia pelo Direito Penal: Crítica de Aspectos Antieconômicos do Direito Penal Econômico**, sob orientação da Profa. Dra. CLARA MARIA ROMAN BORGES, que após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 18 de Setembro de 2019.



CLARA MARIA ROMAN BORGES
Presidente da Banca Examinadora



FLÁVIO BORTOLOZZI JUNIOR
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE POSITIVO)



GUILHERME ROMAN BORGES
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)



FRANCISCO DE ASSIS DO REGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR
Avaliador Externo (ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL)



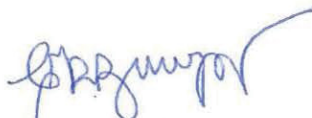
ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia dezoito de setembro de dois mil e dezenove às 13:30 horas, na sala De Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **FRANK ROMUALDO RECHE MACIEL**, intitulada: **O Significado e as Condições de Proteção da Economia pelo Direito Penal: Crítica de Aspectos Antieconômicos do Direito Penal Econômico**, sob orientação da Profa. Dra. CLARA MARIA ROMAN BORGES. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: CLARA MARIA ROMAN BORGES (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), FLÁVIO BORTOLOZZI JUNIOR (UNIVERSIDADE POSITIVO), GUILHERME ROMAN BORGES (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA), FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR (ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL), ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLARA MARIA ROMAN BORGES, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 18 de Setembro de 2019.



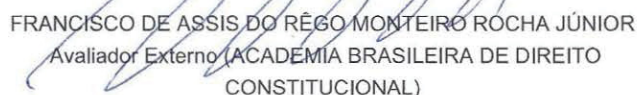
CLARA MARIA ROMAN BORGES
Presidente da Banca Examinadora



FLÁVIO BORTOLOZZI JUNIOR
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE POSITIVO)



GUILHERME ROMAN BORGES
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)



FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR
Avaliador Externo (ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL)



ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



RESUMO

Este trabalho pretende avaliar a função atribuída pela doutrina ao Direito Penal Econômico (DPE), com base na teoria econômica e, particularmente, nas formulações de Gary S. BECKER. A fim de possibilitar essa avaliação, procuro “traduzir” para a linguagem econômica tal função, que é a “proteção de bens jurídicos supraindividuais e relacionados à economia”, distinguindo-a, ademais, da definição da matéria, que a doutrina vincula àquela função, definindo como “crimes econômicos”, próprios do DPE, os que atingem bens jurídicos com aquelas características. A seguir (PARTE 1), então, estabeleço a base teórica e conceitual que, posteriormente, me permitirá extrair o significado econômico da definição e função do DPE. Partindo da literatura econômica e criminológica, identifico três formas fundamentais de conceber a relação entre economia e crime – a economia enquanto causa de crimes, enquanto objeto em meio ao qual situam-se crimes e enquanto método de estudo de qualquer crime – e analiso-as através de autores que contribuíram emblematicamente para cada uma dessas concepções – Willem BONGER, Edwin SUTHERLAND e Gary BECKER, respectivamente. Em seguida (PARTE 2), identifico a concepção de economia subjacente à definição doutrinária do DPE e, a partir disso, identifico-o como o conjunto de crimes que, quando cometidos, necessariamente o são em meio à economia (lícita). De acordo com isso, a função atribuída ao DPE é agora traduzida como função de proteção da economia lícita, *i.e.*, proteção do conjunto de interesses que nela se realizam e proteção da estrutura que assegura sua reprodução. Assim colocada, na PARTE 3, mais do que avaliar se o DPE protege ou não a economia, avalio em que medida ele pode fazê-lo. Extraio de BECKER o que é necessário à política penal que se pretende “ótima” ou eficiente, minimizando *ao máximo* as perdas sociais relacionadas a crimes, entre as quais se incluem não somente os danos resultantes de crimes, mas também os custos de coibi-los (custos da política penal), diretos (*v.g.* juízes, promotores, policiais, presídios etc.) e indiretos (*v.g.* a renda que deixa de ser produzida e consumida pelo ofensor punido). Como índice da avaliação proposta, considero a disciplina das penas pecuniárias e reparatórias no DPE, penas que o autor sugere empregar “sempre que possível”, em nome da eficiência da política penal. Concluo que, embora possibilite um largo emprego de tais penas, o DPE dispensa seu emprego por critérios “ineficientes”, preterindo-as em favor de penas mais severas e custosas não porque o dano resultante do crime seja extraordinariamente maior, mas por considerações moralistas (*v.g.* acerca da reincidência do ofensor ou da violência empregada), por ignorar a importância dos custos da política penal, pela timidez e estreiteza com que trata da reparação das vítimas e pela lógica de “dissuação completa” que nele predomina e inviabiliza tolerar crimes “eficientes”, que produzem o suficiente para reparar os danos. Avalio, por fim, como a doutrina contribui com esses aspectos antieconômicos do DPE, que lhe impedem cumprir de forma ótima a função de proteção da economia, localizando a raiz dessas limitações na própria concepção de economia embutida na definição do DPE.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; Gary S. BECKER; política penal; eficiência econômica.

ABSTRACT

This paper aims to evaluate the function attributed by the doctrine to the Economic Criminal Law (ECL), based on the economic theory and, particularly, in the formulations of Gary S. BECKER. In order to make this assessment possible, I intend to 'translate' into economic language such a function, which is the 'protection of supraindividual and economic-related legal interest'. I further distinguish it from the definition of matter which the doctrine attaches to that function, defining as "economic crimes", typical of the ECL, those who attain legal interests with those characteristics. Next (PART 1) I lay the theoretical and conceptual basis that will later allow me to extract the economic meaning of the definition and function of the ECL. Starting from the economic and criminological literature, I identify three fundamental ways of conceiving the relationship between economics and crime - economics as a cause of crime, as an object in which crimes are situated in and as a method of studying any crime - and I analyze them through authors who contributed seminal to each of these conceptions - Willem BONGER, Edwin SUTHERLAND and Gary BECKER, respectively. Then (PART 2), I identify the conception of economics underlying the doctrinal definition of the ECL. Based on that conception, I identify the ECL as the set of crimes that, when committed, necessarily are in the midst of (lawful) economics. Accordingly, the function assigned to the ECL is now translated as a function of protecting the lawful economy, i.e. protecting the set of interests that take place in it and protecting the structure that ensures its reproduction. Thus, in PART 3, more than assessing whether or not the ECL protects the economy, I assess the extent to which it can do so. I take from BECKER's theory what is necessary for the "optimal" or efficient criminal law enforcement, minimizing crime-related social losses as much as possible, including not only the damage resulting from crime, but also the deterrence costs (costs of criminal law enforcement), direct costs (e.g. judges, prosecutors, police, prisons, etc.) and indirect costs (e.g. income that is no longer produced and consumed by the punished offender). As an index of the proposed assessment, I consider the regulatory design of pecuniary and reparatory penalties in the ECL, penalties that the author suggests employing "whenever possible" in the name of efficient criminal law enforcement. I conclude that, while allowing the widespread use of such penalties, the ECL rejects its use based on "inefficient" criterias, neglecting them in favor of harsher and more costly penalties not because the damage resulting from the crime is extraordinarily harsher, but because of: moralistic considerations (e.g. about the offender's recidivism or the violence employed); ignorance of the importance of the costs of criminal law enforcement; how narrowly it deals with the reparation of victims; and even by the logic of "complete deterrence" that predominates and refuses to tolerate "efficient" crimes, which produce enough to repair the damages. Finally, I evaluate how the doctrine contributes to these anti-economic aspects of the ECL, which prevent it from optimally fulfilling the economic protection function, locating the root of these limitations in the very conception of economics embedded in the ECL definition.

Keywords: Economic Criminal Law; Gary S. BECKER; law enforcement; economic efficiency.

RESUMEM

Tengo la intención de evaluar, en esta ocasión, la función atribuida por la doctrina al Derecho Penal Económico (DPE), basándome en la teoría económica y, particularmente, en las formulaciones de Gary S. BECKER. Para hacer posible esta evaluación, busco 'traducir' al lenguaje económico tal función, que es la 'protección de bienes jurídicos supraindividuales y relacionados con la economía', distinguiéndola aún más de la definición de la materia, que la doctrina vincula a esa función, definiendo como "delitos económicos", típicos del DPE, aquellos que ofenden bienes jurídicos con esas características. En seguida (PARTE 1), establezco las bases teóricas y conceptuales que luego me permitirán extraer el significado económico de la definición y función de lo DPE. A partir de la literatura económica y criminológica, identifico tres formas fundamentales de concebir la relación entre economía y delincuencia: la economía como causa del delito; como un objeto en el que se ubican los delitos; y como un método para estudiar cualquier delito. Analizo tales concepciones a través de autores que contribuyeron de manera emblemática a cada una de estas concepciones: Willem BONGER, Edwin SUTHERLAND y Gary BECKER, respectivamente. Después (PARTE 2), identifico la concepción de la economía subyacente a la definición doctrinal de lo DPE y, a partir de eso, lo identifico como el conjunto de crímenes que, cuando se cometen, necesariamente se encuentran en medio de la economía (lícita). En consecuencia, la función asignada a lo DPE ahora se traduce como una función de proteger la economía lícita, es decir, proteger el conjunto de intereses que tiene lugar en ella y proteger la estructura que asegura su reproducción. Finalmente, en la PARTE 3, más que evaluar si lo DPE protege o no a la economía, evalúo hasta qué punto puede hacerlo. Extraigo de BECKER lo que es necesario para la política penal "óptima" o eficiente, minimizando las pérdidas sociales relacionadas con el crimen tanto como sea posible, incluyendo no solo el daño resultante del crimen, sino también los costos de frenarlo (costos de la política penal), directos (por ejemplo, jueces, miembros de la fiscalía, policías, cárceles etc.) e indirectos (por ejemplo, ingresos que el delincuente sancionado ya no produce ni consume). Como índice de la evaluación propuesta, considero lo reglamento de las penas pecuniarias y reparadoras en lo DPE, penas que BECKER sugiere emplear "siempre que sea posible" en nombre de una política penal eficiente. Concluyo que, si bien permite el uso generalizado de tales penas, lo DPE las dispensa con criterios "ineficientes", rechazándolas en favor de sanciones más duras y costosas, no porque el daño resultante del crimen sea extraordinariamente mayor, sino por consideraciones moralistas (por ejemplo, sobre la reincidencia del delincuente o la violencia empleada); por ignorar la importancia de los costos de la política penal; por la timidez e estrechez con que lo trata de la reparación de las víctimas; y aún por la lógica de "disuasión completa" que predomina y rechaza tolerar crímenes "eficientes", crímenes que producen lo suficiente para reparar el daño. Por último, evalúo cómo la doctrina contribuye a estos aspectos antieconómicos de lo DPE, que impiden que cumpla de manera óptima la función de protección de la economía, ubicando la raíz de estas limitaciones en la concepción misma de la economía incluida en la definición de lo DPE.

Palabras clave: Derecho Penal Económico; Gary S. BECKER; política penal; eficiencia económica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
A. Estrutura e objetivos intermediários da análise	4
B. Por que Becker: seu potencial crítico.....	7
PARTE 1 – DIFERENTES CONCEPÇÕES DE ECONOMIA & CRIME	11
Capítulo 1 - A economia como causa criminógena	14
1.1. Os fatores criminógenos	15
A. Fatores sociais e <i>não sociais</i>	17
B. Fatores econômicos, socioeconômicos e sociais <i>não econômicos</i>	19
1.2. As causas econômicas de quaisquer crimes, econômicos ou não	21
A. O caráter determinante, em última instância, da estrutura econômica.....	22
B. Causas econômicas indiretas da criminalidade	25
1.3. Os crimes (mais) econômicos (que outros) e suas espécies.....	28
A. Crimes econômicos não violentos	30
B. Crimes econômicos violentos	32
C. Crimes típicos da burguesia	33
Capítulo 2 – O crime em meio à economia	36
2.1. Rebaixamento e ressignificação da explicação econômica	38
A. Rebaixamento da relevância criminógena da pobreza	38
B. Ressignificação da riqueza como causa de crimes	43
2.2. O crime do colarinho branco	46
A. Os crimes das corporações como índice dos crimes do colarinho branco	51
B. Espécies de crimes do colarinho branco	54
2.3. A economia de causa de crimes a objeto da investigação criminológica	57
Capítulo 3 – O método econômico de estudo do crime.....	61
3.1. As raízes epistemológicas do método econômico	62
3.2. Gary Becker: “o homem que pôs um preço em tudo” e seu método	68
3.3. O modelo da economia do crime	73
Capítulo 4 – A economia: de causa ou objeto a método	81
PARTE 2 – DEFINIÇÃO E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	87
Capítulo 5 – O Direito Penal “Econômico” na literatura jurídica	88
5.1. Tipos de definição do DPE.....	88
5.2. Características criminológicas e criminalísticas	90
5.3. Definições jurídicas	93
A. Intervenção e regulamentação econômicas como bem jurídicos	95
B. Síntese e problematização das definições jurídicas	104
Capítulo 6 – O tipo de relação “economia-crime” suposto na definição jurídica	111
6.1. O significado implícito de “econômico” nos “crimes econômicos”	115

6.2. Um Direito Penal para reprimir e prevenir danos à economia (lícita)	120
PARTE 3 – CRÍTICA DA FUNÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	123
Capítulo 7 – A economia da pena.....	125
7.1. O modelo e suas simplificações fundamentais	125
7.2. Elementos básicos do modelo.....	130
A. A função “oferta de ofensas”	130
B. Danos	133
C. Custos de condenar	135
D. Custos da pena	136
7.3. Condições de otimização da política penal.....	137
A. Custos de punir e danos	137
B. Ganhos e danos	145
C. Multas reparatórias	147
7.4. Multas “sempre que possível”	153
Capítulo 8 – A proteção da economia pelo Direito Penal.....	158
8.1. O valor dos danos e o custo de punir	160
A. Mecanismos redutores do custo de punir em face do valor dos danos ou da reparação	161
B. Desimportância dos custos de punir	163
8.2. A <i>dissuasão completa</i> como “lógica” predominante no DPE.....	166
8.3. As multas reparatórias	170
A. Tendências favoráveis às penas pecuniárias reparatórias	171
a. Multa simples	171
b. Multa reparatória	174
c. Confisco.....	175
d. Punição exclusivamente pecuniária: requisitos legais e judiciais	176
e. Quadro das penas do Direito Penal Econômico brasileiro	182
B. Tendências contrárias às penas pecuniárias	191
a. Reincidência	191
b. Violência	193
c. Interdição de direitos	195
C. Tendências contrárias às penas reparatórias	199
a. Penas pecuniárias como instrumento de financiamento da execução penal	199
b. Temores quanto ao uso privado do Direito Penal.....	203
D. As tendências contrárias como parâmetros ineficientes de conversão (“implícita”) das penas pecuniárias em não pecuniárias	207
CONCLUSÃO	212
A. Contradições entre estrutura e função do DPE	213
B. A raiz teórica dos aspectos “antieconômicos” ou destrutivos.....	216
C. A “moral” da eficiência econômica	220

D. Últimas considerações	222
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	225
LEGISLAÇÃO CITADA.....	244
JURISPRUDÊNCIA CITADA	247
ANEXO I.....	249
ANEXO II	252
ANEXO III.....	253

INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa o chamado “Direito Penal Econômico” (DPE) à luz da teoria econômica e, especialmente, a partir das elaborações de Gary S. BECKER.

O DPE é um ramo do Direito Penal que a literatura jurídica, a doutrina, identifica a um conjunto de crimes dispersos na legislação criminal – alguns deles no Código Penal, a maioria em leis especiais ou extravagantes –, reunidos todos nesse mesmo conjunto por conta da finalidade comum que a doutrina concebe para a existência desses crimes.

Diz a doutrina que esses crimes existem – quer dizer, são condutas criminalizadas – em função de proteger “bens jurídicos” (v.g. direitos, interesses, valores etc.) “supraindividuais” e relacionados à “economia”. Espelhando essa função, os crimes que constituem o DPE, denominados “crimes econômicos”, são definidos como aqueles que ofendem bens jurídicos com tais características. O DPE “protege” esses bens jurídicos, quando pune tais crimes, na medida em que assim contribui para evitar que estes voltem a ser cometidos.

A análise, neste trabalho, debruça-se especialmente sobre essa função atribuída ao DPE, a de proteger bens jurídicos supraindividuais e relacionados à economia. Meu principal objetivo é avaliar, a partir da teoria econômica de BECKER, em que medida este ramo do Direito Penal pode ou não cumprir tal função.

Para que a natureza e a relevância do problema a ser investigado fiquem claros, é preciso encará-lo desde já a partir de uma perspectiva econômica.

De um lado, uma leitura econômica daqueles termos jurídicos abstratos deixará claro, veremos, que a função imputada ao DPE, concretamente, é a de proteger a “economia”, em dois sentidos: (i) proteger o conjunto dos interesses que se apresentam no campo das relações sociais compreendido como “economia” e (ii) proteger a própria estrutura que constitui esse campo e que lhe permite servir de instrumento para satisfazer aqueles interesses.

Por outro, partindo de Gary BECKER, veremos que a “política penal” em geral, o esforço de fazer obedecer a regras jurídicas via punições estatais, implica custos sociais que também agredem a “economia”, a tal ponto que, no limite, o custo de punir com maior

frequência ou severidade para tentar evitar mais crimes pode superar os danos que resultariam desses crimes, se fossem tolerados.

Colocada a questão nessa perspectiva econômica, o problema enfrentado pelo DPE consiste em proteger a “economia” ante os crimes econômicos ao mesmo tempo que também agride a “economia”, porque punir impõe diretamente à sociedade um custo, como o de manter as prisões, por exemplo, quando essa é a modalidade de pena empregada, e, ainda, porque priva a sociedade da renda que o preso produziria, se estivesse livre, e que em alguma medida beneficia também a terceiros.

Uma política penal eficiente, conforme BECKER elaborou em *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1990 [1968]), é aquela que procura minimizar ao máximo as perdas sociais relacionadas a crimes, nessas perdas também incluídos os custos de punir. O objetivo de eficiência, então, significa punir ao menor custo para coibir o máximo de danos possíveis.

Nesses termos, em suma, proponho avaliar em que medida o DPE pode cumprir de forma eficiente a função de proteger a “economia”. Baseio essa avaliação, especificamente, nos parâmetros de otimização da “política penal” que BECKER elaborou em *Crime and Punishment*, pensados para assegurar a eficiência dessa política, minimizando *ao máximo* a perda social global associada a crimes – *i.e.*, aos danos deles decorrentes e, igualmente, aos custos de combatê-los.

Farei uma avaliação focada em certos aspectos do DPE, relegando outros para uma análise futura. Como veremos no último Capítulo, circunscrevo-me aqui, principalmente, à disciplina das penas pecuniárias e reparatórias que, mais do que outro tópico no DPE, permite-se avaliar a partir daqueles parâmetros de otimização.

Veremos que são muitos os aspectos favoráveis ao desempenho “ótimo” da função de proteção da economia pelo DPE, porém, todos eles são limitados por mecanismos ineficientes, favorecendo aspectos deste ramo do Direito Penal que são destrutivos ou danosos para a “economia”.

A contribuição mais geral e importante que pretendo oferecer para esclarecer este problema enfrentado pelo DPE será apontar como a doutrina reforça ou endossa esses mecanismos ineficientes presentes na legislação. Nesse sentido, quero demonstrar que a

doutrina, ao mesmo tempo que incumbe o DPE da função de proteger a economia, limita as possibilidades de que ele o faça de forma “ótima” ou eficiente. E que a raiz intelectual dessa restrição é a concepção de “economia” que subjaz, implicitamente, no qualificativo “Econômico” do DPE; a concepção de economia latente, não refletida e pressuposta na definição que a doutrina oferece para esta parcela do Direito Penal.

Nessa concepção, a “economia” é compreendida, veremos, como um objeto no mundo, um campo determinado das relações sociais ou atividades humanas – virtualmente contraposto ao campo “não econômico” dessas relações e atividades –, em meio ao qual situam-se os crimes econômicos. A “economia”, assim, é encarada como um objeto a ser protegido e o DPE, por seu turno, como seu “protetor”, é colocado de fora do problema que pretende resolver, o que enseja, ao menos tacitamente, a complacência da doutrina com aqueles mecanismos ineficientes do DPE, nada obstante lhe atribua a função de proteger a “economia”.

Diversamente, a partir de BECKER, que concebe a economia como um método, um olhar, uma forma de ver e analisar o mundo, aplicável a todos os aspectos da vida e das relações sociais, o próprio DPE deve ser considerado parte do problema, porque analogamente aos crimes que combate também agride o que visa proteger. A partir desse ponto de vista, então, torna-se igualmente importante refletir criticamente sobre os mecanismos ineficientes que inviabilizam o desempenho ótimo da função atribuída ao DPE.

Ainda nesta introdução, ao final, voltarei a tratar da inspiração crítica que orienta minha análise e de como BECKER, que adoto como principal ferramenta dessa análise, insere-se nesse projeto crítico, muito embora seja frequentemente associado a perspectivas conservadoras em Criminologia.

Antes, expondo-os em conjunto com a estrutura que adotarei no texto a seguir, quero destacar os passos que darei previamente àquela análise da avaliação da função do DPE para torná-la possível e que, ademais, justificarão as principais conclusões que espero servirem de contribuição à compreensão crítica e econômica do problema aqui investigado.

A. Estrutura e objetivos intermediários da análise

Os Capítulos a seguir estruturam-se em três partes.

Na primeira, analiso o que entendo serem as diferentes concepções possíveis da relação entre crime e economia, presentes em estudos criminológicos e econômicos. Na segunda parte, analiso o DPE procurando traduzir sua definição jurídica nos termos daquelas diferentes concepções da relação entre crime e economia. E, na terceira parte, enfim, faço a avaliação crítica da função do DPE, à luz das formulações de BECKER.

A primeira parte (ou PARTE 1, abaixo) me servirá de base teórica e conceitual fundamental para todo o restante do trabalho. Nessa ocasião, procuro identificar, nos estudos que articularam crime e “economia”, as diferentes razões pelas quais se qualifica um crime como “econômico” e os diferentes significados que a “economia” pode assumir.

Posteriormente, essa análise me permitirá identificar, por contraste, as razões pelas quais a literatura jurídica qualifica como “econômicos” o conjunto de crimes que constitui o DPE, descortinando-se a concepção de economia embutida nessa operação e as implicações relevantes de tal concepção para a definição e a função que a doutrina reputa ao DPE.

Essa análise inicial, ademais, servirá para esclarecer e consolidar o que são as diferentes acepções de “economia” referidas em seguida, evitando que nos percamos ou façamos confusão nos significados deste vocábulo cujo significado é múltiplo, casuísta e historicamente variável.

Deixo para fazer no tópico introdutório da PARTE 1 a justificativa da forma ou metodologia que emprego para elaborá-la, basicamente partindo de um autor em particular que elejo para ilustrar cada perspectiva analisada, considerando que sua contribuição tenha sido emblemática para essa perspectiva.

Na PARTE 2, analiso a literatura jurídica para encontrar a definição que aí se oferece para o DPE e, então, “traduzi-la” em termos econômicos, lançando mão da base teórica construída na PARTE 1.

Já antecipei que a definição do DPE é dada em termos da função que se lhe imputa. Segundo a doutrina, é o conjunto de condutas que se criminaliza com a finalidade de proteger bens jurídicos supraindividuais e relacionados à economia. Essa coincidência entre definição e função, veremos, não é mero acidente, mas sim uma construção proposital da doutrina, que argumenta que esse tipo de definição, dita “jurídica” ou “dogmática”, é mais precisa e mais útil que qualquer outra.

Não pretendo aqui oferecer uma definição que a “corrija” ou a substitua, ou que seja mais útil que ela. Porém, sem que isto signifique modificar a sua essência, será necessário interpretá-la de tal forma a separar o que nela é “definição” do DPE daquilo que propriamente seja a “função” deste ramo do Direito Penal. Se não for possível distinguir uma coisa da outra, já que estão ligadas umbilicalmente, então também não será possível avaliar em que medida o DPE cumpre ou não sua função. Suponha-se, nesse sentido, que concluamos que o DPE desempenha mal sua função. Não sendo possível distinguir esta última da própria definição do DPE, tal conclusão haveria de ser corrigida logo em seguida, acrescentando-se que, nessa parte em que funciona mal, ele não é “verdadeiramente” DPE. Também seria impossível, enfim, concluir que o DPE, eventualmente, produz qualquer outro resultado diferente ou até mesmo contrário àquele que dele se espera. Restaria inviável, então, qualquer análise crítica acerca da função do DPE.

Assentar claramente qual seja a definição do DPE independentemente de sua função, portanto, é uma condição de possibilidade da avaliação dessa função e, sobretudo, de sua avaliação crítica.

Essa cisão será perfeitamente possível, embora não do ponto de vista estritamente jurídico, e desta vez com o suporte de uma perspectiva eminentemente econômica.

A definição jurídica do DPE será interpretada, com base nas reflexões assentadas na PARTE 1, como o conjunto de crimes que, quando cometidos, necessariamente o são em meio à economia lícita, compreendendo-se essa como um campo determinado das relações sociais ou atividades humanas, relativos a bens a que usualmente se atribui um valor monetário e cuja propriedade o Direito reconhece como legítima. Os crimes do DPE são “econômicos”, nesse sentido, porque situam-se em meio a esse campo “econômico” lícito, que lhes empresta esse qualificativo “econômico”.

De acordo com essa definição, esclarece-se por que motivo exclui-se da abrangência dos crimes econômicos alguns tantos que, à luz dos próprios critérios explícitos adotados pela doutrina, deveriam ser considerados como tais – por exemplo, boa parte dos crimes patrimoniais, principalmente aqueles cometidos com violência, e ou relativos a mercado ilegais (v.g. drogas, armas, jogos ilegais, prostituição etc.). Fica claro, ainda, por que os autores, em sua grande maioria, adotam a definição jurídica em detrimento de definições criminológicas que identificam os crimes do DPE a crimes do colarinho branco ou a crimes cujas causas sejam econômicas.

Quanto à função do DPE, agora singularizada em relação a sua definição, já adiantei que essa será interpretada como função de proteção da “economia” naqueles dois sentidos: (i) a proteção do conjunto dos interesses próprios do campo das relações sociais denominado “economia” (lícita) e a (ii) proteção da própria estrutura que mantém esse campo funcionando, para viabilizar a satisfação daqueles interesses. Perceba-se, porém, que é a definição do DPE, desta vez, que contribui para esclarecer qual é a finalidade deste ramo do DPE, e não o contrário, como se faz na doutrina.

Atribuindo tal função ao DPE, a doutrina outorga-lhe a tarefa de proteger um “bem maior”, uma incumbência mais relevante que meramente assegurar o respeito a regras jurídicas e punir seu descumprimento. É essa “nobre” função de proteção da economia (lícita) que proponho avaliar a partir da teoria econômica e, especificamente, a partir de Gary S. BECKER, considerando agora como parte do problema a investigar não só os danos resultantes de crimes que o DPE combate, mas também os custos (igualmente danosos) do DPE para a “economia”.

Esse é o tema central deste trabalho, situado na PARTE 3, e ao qual já me referi no primeiro tópico desta introdução.

Concluo-a, enfim, retomando a exposição das inspirações críticas desta análise e do uso que, nesse sentido, faço da obra BECKER. Quero com isso ressaltar que este trabalho pretende-se, enfim, tanto um estudo crítico do DPE quando um estudo econômico dessa parcela do Direito Penal.

B. Por que Becker: seu potencial crítico

Uma inspiração fundamental deste trabalho é dada pela tradição crítica em Criminologia: a “perspectiva de máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal” (Baratta, 2011, p. 205). Parto também de outra inspiração igualmente importante, que é o “realismo crítico”. Um problema comum às posturas críticas, conforme YOUNG & LEA, é o seu “abstencionismo”. Em nome de manter-se “crítico”, deixa-se a questão do controle criminal cotidiano ao monopólio da “criminologia tradicional”, dos teóricos e políticos conservadores, o que tende a agravar ainda mais a situação do sistema punitivo. Na prática, a postura “abstencionista” ignora o problema dos danos causados pelo crime sobre as vítimas, especialmente sobre aquelas que pertencem às parcelas econômica e politicamente mais vulneráveis da sociedade, que legitimamente demandam a proteção de seus interesses via punições (Young & Lea, 1984). Nessa linha, torna-se importante propor políticas alternativas para os problema criminais cotidianos e imediatos (Young, 1987).

Friso que, desses autores referidos acima, extraio não mais que essas inspirações iniciais, pois o marco teórico que emprego a fim de cumprir o objetivo principal deste trabalho é outro; BECKER, no caso. Nada obstante, o emprego desse autor justifica-se, primeiro, pelo potencial crítico da abordagem que propôs, como notou Michel FOUCAULT (2008a), contrariando a percepção geral que dela se teve e ainda se tem entre os criminólogos críticos.

Essa abordagem, que cresceu exponencialmente a partir da publicação de *Crime and Punishment* (Becker G. S., 1990 [1968]), nasceu associada à Escola de Chicago e ao “neoliberalismo”. Por conta disso, desde o primeiro momento tendia a passar longe do ambiente teórico frequentado pelos criminólogos críticos. Hoje, tendo atingido proeminência no mundo acadêmico, a atenção que inevitavelmente se lhe dispensa nos círculos críticos normalmente é concluída com o seu rechaço global e sua denúncia como conservadora e punitivista.

Exemplo desse rechaço é que, quando FOUCAULT flertou com o pensamento de Gary BECKER, não demorou para o que o filósofo fosse “acusado” de neoliberal e, por consequência, conservador de um *status quo* que, à época, já ganhava feições neoliberais (Avelino, 2016). Mas o que FOUCAULT sugere ter descoberto em Gary BECKER, e isto

é o que fundamentalmente motiva seu emprego neste trabalho, foi justamente o potencial crítico dessa abordagem (Lagasnerie, 2012; Becker, Ewald, & Harcourt, 2012).

A apropriação que ele faz de BECKER, nesse sentido, a meu ver soa semelhante àquela que MARX fez de Adam SMITH e David RICARDO para explorar o potencial crítico de uma teoria econômica que, não fosse por MARX, continuaria a serviço exclusivo do *status quo*, nada obstante ela conter em si mesma elementos subversivos desse *status*. E ninguém dirá que MARX, por essa apropriação, foi um economista liberal, ou um político conservador.

A novidade da abordagem de BECKER, como se pode dizer a partir de FOUCAULT, é que ela avalia o sistema punitivo e elabora propostas para sua reforma recorrendo não à crítica humanista, radicada nos “direitos naturais”, no Estado, mas sim à economia, ao mercado, à eficiência econômica, cuja racionalidade é outra, externa àquela, essencialmente distinta dela, e potencialmente mais crítica. A racionalidade jurídica pressupõe a tutela dos direitos pela simultânea renúncia de parcela deles, em favor do “soberano”, do Estado, capacitar-se para exercer aquela tutela. A racionalidade econômica, por sua vez, é intangível para o poder soberano que, mesmo que queira, não pode se apropriar dela. A racionalidade econômica exige que o Estado se curve a ela. Ele pode até criar incentivos ou desestímulos para o *homo economicus*, mas não pode exigir que renuncie a sua racionalidade.

Nesse sentido, a racionalidade econômica subverte a lógica do poder soberano e da racionalidade jurídica a ponto de que sugere, por exemplo, que nem todos os crimes devam ser punidos, leia-se, que nem sempre a lei penal deve ser aplicada; que esse projeto deveria ser francamente abandonado, porque os custos dessa aplicação integral, total, o tornam inviável economicamente, ou muito mais desastroso do que tolerar uma quantidade “ótima” de crimes. E sugere, complementarmente, que alguns “crimes” seriam melhor “combatidos” se o Estado simplesmente se abstivesse de punir; deixando funcionar ao menos algum mercado de drogas, por exemplo, que, dessa forma, causaria menos males do que quando é criminalizado (Foucault, 2008a; 2008b).

Para adotar essa abordagem, não é necessário fazer um pacto de sangue com a racionalidade econômica, com o mercado, com a eficiência, isentando-os das implicações negativas que certamente também acarretam para a criminalidade e a criminalização.

Muito antes de chegar a esse nível de compromisso, é perfeitamente possível reconhecer que, ao menos como tática pontual, a defesa do mercado e da eficiência econômica eventualmente contribuirão com uma política criminal alternativa. Essa tática, ademais, tem a vantagem de oferecer às propostas de transformação do sistema punitivo um ponto de apoio ou um impulso situado em uma realidade externa àquela para a qual usualmente se apela, e que é também a destinatária da crítica, porque dela advém o sistema punitivo: o Direito, os direitos naturais, que são providos por intermédio do Estado.

Com o emprego dessa abordagem, pode-se dizer também que não será necessário recorrer a qualquer humanismo ou a direitos humanos para propor políticas criminais alternativas, embora isso possa ser interpretado, mais uma vez, apenas como um recuo tático e pontual. O criminoso, na perspectiva de BECKER, é “desantropologizado” (Foucault, 2008a, p. 353), isto é, não é visto como essencialmente diferente dos “não criminosos” ou “menos humano” que eles e, nessa medida, não precisa de direitos humanos¹. Assim, ela recomenda que se evite o sistema punitivo e sua brutalidade não por conta dos direitos humanos, mas em deferência à racionalidade econômica – que é sempre a mesma que opera nos criminosos e nos “não criminosos” –, e que oferece soluções alternativas menos custosas, que minimizam o custo de punir o crime e reduzem os estímulos criminógenos.

O mero interesse deste trabalho na abordagem de BECKER é já manifestação de um endosso ao convite feito por FOUCAULT, no sentido de ampliar o repertório ou as ferramentas da crítica, com a apropriação ao menos tática e pontual daquela abordagem.

Para além disso, esta pesquisa se propõe a aplicar BECKER onde seu emprego parece mais “natural”, *i.e.*, justamente no âmbito dos “crimes econômicos”, cuja razão de existir, enquanto condutas formalmente definidas e punidas como crimes, é cumprir a função de proteger a economia lícita – conforme antecipei, traduzindo para uma linguagem econômica o que doutrina diz acerca dessa função.

Espero contribuir, dessa forma, também para demonstrar o potencial crítico de BECKER e estimular seu emprego nessa perspectiva.

¹ “... os direitos humanos [...] são os direitos daqueles que, precisamente, não têm direitos e são tratados como não humanos” (Žižek, 2010, p. 25)

A seguir, na primeira parte deste trabalho, começo a análise tratando das diferentes concepções da relação entre economia e crime na literatura econômica e criminológica. Como referi, esta será a base teórica e conceitual que permitirá, na segunda parte deste trabalho, traduzir em uma linguagem econômica a definição jurídica de crime econômico, o que por sua vez tornará possível distinguir, separadamente, a definição e a função do DPE, bem como indicar qual é a concepção de economia que a doutrina embute naquela definição jurídica.

PARTE 1 – DIFERENTES CONCEPÇÕES DE ECONOMIA & CRIME

Dedico esta primeira parte do trabalho, já o disse, a caracterizar as diferentes concepções da relação entre crime e economia presentes na literatura “não jurídica” (econômica e criminológica), o que, posteriormente, me servirá para identificar e caracterizar qual é a relação entre crime e economia pressuposta na literatura jurídica acerca do Direito Penal Econômico (DPE). Esta primeira parte também me servirá para diferenciar, mais claramente, a concepção de economia que informa o método econômico de BECKER, fundamental para a análise que farei ao final. Servirá ainda, enfim, para assentar as diferentes acepções de “economia” referidas nas duas últimas partes deste trabalho, de forma a que não nos percamos nem façamos confusão entre os possíveis diferentes usos desse vocábulo que tantos significados admite.

Embora isto ficará claro somente ao final desta primeira parte, devo adiantar, sucintamente, quais são as diferentes concepções da relação entre economia e crime a que me refiro, para explicar a organização dos Capítulos seguintes.

Identifiquei-as enquanto abordava outros temas que tangenciam este presente. Há algum tempo tenho me dedicado a este tema mais amplo, que é o estudo econômico do crime. No início deste percurso, situa-se minha monografia de conclusão do curso de Direito, quando analisei o histórico do mercado ilegal de cigarros no Brasil a partir do início das políticas antitabagistas, em meados dos anos 80, procurando identificar como alterações no tratamento jurídico-penal da questão, o “design institucional” pertinente, afetou a “performance” desse mercado, seu desempenho (Maciel F. R., 2011). Mais recentemente, em minha dissertação de mestrado, partindo da perspectiva de que qualquer comportamento humano pode ser considerado “econômico” – porque possui um “aspecto econômico”, como dizia Lionel ROBBINS, que veremos abaixo –, procurei compreender como é que, possivelmente, qualquer crime poderia ser descrito como atividade econômica, chegando a uma classificação de crimes que pretende evidenciar, sinteticamente, essa possibilidade (Maciel F. R., 2014).

Ficaram muitas questões a resolver desses trabalhos anteriores e também algumas percepções que, acredito, sejam ferramentas para estudos futuros, como o será nesta presente ocasião a percepção de que a “economia” é empregada com significados

epistemológicos muito distintos, que delimitam as possibilidades de seu uso como ferramenta de estudo do crime.

Essas concepções epistemológicas distintas, que agora veremos, tratam a “economia” ora como causa de crimes, ora como objeto em meio ao qual situam-se crimes de interesse da Criminologia e, enfim, ora como método de estudo de qualquer crime. Cada uma delas explica, por razões diferentes, porque o qualificativo “econômico” é empregado em “crime econômico”, nas duas primeiras perspectivas, e em “método econômico”, na última.

Quisera eu demonstrar, em definitivo, que essas diferentes perspectivas descrevem “todo” o pensamento econômico-criminológico, seria necessário um inventário muito extenso da literatura, o que não farei nesta ocasião. Limito-me a referir a essas diferentes perspectivas como uma “chave de leitura”, útil para este trabalho em particular, em que servirá, primordialmente, de ferramenta para interpretar e compreender do que se está falando quando trata da relação entre crime e economia no DPE.

Considerando esse propósito mais modesto e restrito a este trabalho, nos próximos três primeiros Capítulos cada uma dessas diferentes concepções é analisada a partir de um autor cuja contribuição para estabelecê-la tenha sido emblemática.

Como referi acima, nesta ocasião, não farei um inventário de inúmeros autores, pois o objetivo também não é comprovar a validade daquelas diferentes concepções como teoria descritiva de toda literatura econômico-criminológica. Prefiro, também, não ficar “pinçando” arbitrariamente trechos da obra de diferentes autores para ilustrar essas diferentes concepções. Optei, então, por representá-las, cada uma delas, a partir de um único autor e, uma vez escolhido esse autor, não deixar de fora tudo o que, em sua obra, tenha orientado sua compreensão sobre a relação entre crime e economia. Dessa forma, será possível uma compreensão mais profunda e consolidada de cada uma dessas concepções e, ademais, de suas raízes teóricas.

Nessa linha, no Capítulo 1, a partir de Willem A. BONGER veremos a economia concebida como causa de crimes. No Capítulo 2, a partir de Edwinn H. SUTHERLAND, tratarei da economia enquanto um campo determinado das relações sociais em meio ao qual situam-se crimes que são objeto de particular interesse da Criminologia. E no

Capítulo 3, enfim, analisarei a economia enquanto método de estudo do crime, qualquer que seja, a partir de Gary S. BECKER. As diferenças entre tais concepções, finalmente, são sumariadas e analisadas no Capítulo 4.

A escolha de autores para ilustrar uma ou outra concepção da relação entre economia e crime aplica-se, na verdade, apenas para BONGER e SUTHERLAND. Quanto a BECKER, na verdade, não se trata de uma escolha meramente para ilustrar a terceira concepção referida, pois é considerado o fundador dessa visão de economia enquanto método, além de ser o marco teórico fundamental da análise que farei ao final, neste trabalho. Pela sua importância para esta análise, aliás, me deterei um pouco mais, já agora no Capítulo 3, sobre as características e raízes teóricas de seu método econômico. Deixarei para o Capítulo 7, em todo caso, quando voltarei a tratar do autor, o que diga respeito especificamente aos parâmetros de otimização que ele elabora pensando em uma política penal ótima ou eficiente, os quais empregarei para avaliar criticamente a função atribuída ao DPE, no Capítulo 8.

BONGER e SUTHERLAND, por outro lado, são escolhas um tanto mais arbitrárias que fiz, embora não inteiramente, pois são autores que de forma pioneira e muito relevante contribuíram para cada uma das concepções que ilustram, como veremos agora, a começar por BONGER.

Capítulo 1 - A economia como causa criminógena

Pretendo, neste momento, ilustrar e analisar em que consiste a “economia” concebida como causa de crimes e o que significa, nessa perspectiva, a expressão “crime econômico”. Partirei especificamente, então, de um autor que adotava tal perspectiva teórica e, de acordo com ela, empregava refletidamente a expressão “crime econômico”.

Esse autor, Willem Adriaan BONGER (1876†1940), é considerado um dos pioneiros da Criminologia (Jeffery, 1959) e, especialmente, das tendências críticas em criminologia (Hebberecht, 2012). BONGER ficou conhecido pela ênfase que atribuía aos fatores econômicos, cuja importância criminógena ocupou-se de demonstrar mais do que qualquer um antes dele, o que lhe rendeu as acusações de unilateral, radical, economicista etc., ainda que se reconhecesse sua análise como profunda, consistente e bem amparada por dados empíricos (Mannheim, 1985, pp. 869-871; Norcross, 1916; Sutherland E. H., 1947, p. 58).

Em 1922, o autor se tornou o primeiro professor de sociologia e criminologia na Universidade de Amsterdã, onde concluíra o curso de Direito, em 1900. Sua formação jurídica e seu engajamento político no movimento socialista o levaram a estudar questões sociológicas, como a criminalidade, partindo de MARX e ENGELS², como se vê em sua mais importante obra, *Criminalité et Conditions Économiques* (1905), que foi também sua tese de doutorado, apresentada em 1905, naquela Universidade (Hebberecht, 2012). É essa obra a que a analisarei em seguida.

BONGER foi o mais proeminente entre os primeiros socialistas criminólogos, que viveram no fim do século XIX e início do XX (Greenberg, 1993, p. 11; Messerschmidt, 1988, p. 388)³, e o primeiro autoproclamado marxista a devotar tamanha atenção ao estudo do crime (Taylor, Walton, & Young, 2013, pp. 235-236). Embora tenha sido um dos mais conhecidos criminólogos de seu tempo, a partir do início da Guerra Fria, foi sendo paulatinamente “esquecido” nos círculos acadêmicos, primeiro pela associação

² BONGER teve uma morte trágica. Era um socialista engajado e antinazista conhecido, quando as forças de Hitler invadiram a Holanda, em maio de 1940. Como um ato político, que registrou em uma carta para ser divulgada após sua morte, cinco dias depois de o exército de Hitler haver cruzado a fronteira ele e sua esposa cometeram suicídio (Hebberecht, 2012, p. 284).

³ Na lista desses socialistas criminólogos, GREENBERG inclui K. G. RAKOWSKY, Filippo TURATI, Bruno BATTAGLIA, Napoleone COLEJANNI, Achille LORIA, Alfredo NICEFORO, August BEBEL, Paul LAFARGUE, Joseph Van KAN (1993, p. 11). A meu ver, nessa lista não pode faltar Enrico FERRI, de que falarei adiante.

entre o marxismo e o comunismo e, mais tarde, porque os criminólogos marxistas não o consideraram crítico o suficiente (Hebberecht, 2012, p. 293).

Nesse sentido, eventualmente considera-se a obra do autor mais um entre outros frutos do positivismo, que à época prevalecia na Criminologia, porque ela foi muito focada nas causas individuais do crime (Taylor, Walton, & Young, 2013, pp. 237, 241-242). Entendo, porém, que seja mais bem descrita como “revisão crítica do positivismo individual” (Hebberecht, 2012, p. 294), pois BONGER insistentemente procurava situar a raiz dos fatores criminógenos, mesmo os mais individuais e “patológicos”, na estrutura econômica das sociedades, como veremos. Nesse sentido, para que melhor se o compreenda, irei eventualmente compará-lo a Enrico FERRI (1856†1929), o seu contemporâneo italiano que, igualmente se dizendo marxista e socialista, foi um dos fundadores da chamada Escola Positiva em Criminologia, o “centro e porta-voz” dessa escola, na verdade (Mannheim, 1985, p. 324), e que também atribuía muita importância à explicação econômica do crime, embora nem de longe como BONGER o fez, o que este autor, ele próprio, procurou demonstrar.

Uma razão em especial pela qual, enfim, optei por BONGER para ilustrar o que significa tomar a economia como causa de crimes é que, ainda que de um modo incipiente – se comparado a SUTHERLAND, que veremos no Capítulo seguinte –, ele é também um pioneiro no estudo dos crimes típicos das classes dominantes, embora só raramente se lhe reconheça este mérito (Hebberecht, 2015).

1.1. Os fatores criminógenos

Acompanhando o clima intelectual que predominava na Criminologia ao final do século XIX e início do XX, BONGER tratou da economia como um “fator criminógeno”, um fato determinado que produz crimes. Nesse sentido, a despeito das inúmeras críticas que endereçou a FERRI, com este autor compartilhava essa forma de abordar a questão criminal, *i.e.*, através de fatores criminais. E, a meu ver, é justamente na obra de FERRI, especificamente no tópico de sua polêmica com a *Escola Clássica* em defesa da *Escola Positiva*, que melhor se revela o que são tais fatores criminógenos.

O criminólogo italiano planejava construir uma sociologia criminal científica e, com esse intuito, ocupou-se de demonstrar, contrariando a *Escola Clássica* de

BENTHAM e BECCARIA, que o crime resultaria não de qualquer escolha dos indivíduos, do seu livre arbítrio, mas de fatores alheios à vontade, inexoráveis a tal ponto que, segundo dizia, há uma “lei de saturação” criminal: dadas as condições do meio ambiente físico e social e as características fisiopsíquicas dos indivíduos – quer dizer, dados os fatores criminais presentes em dado momento e sociedade –, haverá um certo número de crimes em determinado contexto histórico e social, nenhum a mais, nenhum a menos (Ferri, 1900, p. 63; 345; 350).

Nesses termos, percebe-se, os verdadeiros sujeitos ou agentes do crime deixam de ser as pessoas e passam a ser os fatores. Os indivíduos são apenas veículos ou instrumentos daqueles reais sujeitos e agentes da criminalidade, os fatores criminógenos.

Essa formulação de FERRI, que soa radicalmente determinista, está bem distante do que sugere o bom senso e é alvo fácil de críticas e caricaturas. Entre aquela adesão cega ao livre-arbítrio, que FERRI aponta ou imagina na *Escola Clássica*, de um lado, e o seu determinismo dos fatores, de outro, há muitas posições intermediárias, mais moderadas, que tendem a ser tomadas, por princípio, como mais corretas – talvez por alguma razão até mesmo moral e inconsciente que a ideia de moderação como virtude evoca. Entendo, porém, que devemos ter cautela ao celebrar as posições moderadas e criticar esses “determinismos”, porque estes, no fundo, são inerentes ao pensamento ocidental. Não foram simplesmente um modismo, já ultrapassado, ou um exagero de vertentes intelectuais ingênuas.

A partir de Judith BUTLER (2006), compreendo que as soluções de meio-termo entre determinismo e livre-arbítrio não são essencialmente distintas daquelas posições radicais, mas sim uma “mistura heterogênea” das duas coisas, digamos – como em Química se diz para a mistura de água e óleo. Como indica a autora, a tradição epistemológica ocidental, mesmo quando renuncia àqueles extremos, concebe o espaço de liberdade como essencialmente *não determinado*, de um lado, e o espaço de *não liberdade* como essencialmente determinado, de outro (2006, p. 195). Esse “meio-termo” tende a ser, assim, não uma terceira coisa, mas apenas uma combinação daquelas duas. A meu ver, ele é mais correto, sem dúvida, porque não estabelece *a priori* que tudo é livre ou determinado, senão que deixa essa questão para ser verificada factualmente, caso a caso. Mas é preciso reconhecer, de acordo com BUTLER, que tal posicionamento não

foge àquela pré-configuração epistemológica e, por isso, compartilha com o determinismo e o voluntarismo certos pressupostos fundamentais⁴.

Voltando a FERRI, então, pode-se dizer que ele apenas desnuda o que, em verdade, os “moderados” também fazem, embora de forma mais suave e adequada, identificando e separando alguns espaços de liberdade entre as restrições impositivas. Ele, por seu turno, com o seu radicalismo, propicia apreciar claramente os fatores criminais como sujeitos que decidem em lugar das pessoas.

Nesse sentido, o recurso de BONGER à economia significa a apropriação desta última como um “sujeito” ou “agente” da criminalidade. E BONGER, como FERRI, também é um determinista, e, de certa forma, mais radical que ele, porque os fatores econômicos, ao menos em “última instância” – como insiste o autor –, são a única causa de toda a criminalidade.

Também por essa razão, e à diferença de FERRI, como agora veremos, BONGER descartava a relevância de fatores não sociais, como as anormalidades orgânicas e psíquicas que eram fundamentais naquele autor.

A. Fatores sociais e não sociais

BONGER só reconhece verdadeira importância causal aos fatores criminógenos de origem “ambiental” – ou social, diríamos hoje – e, dentre esses, privilegia os fatores econômicos. A quaisquer outros, como aos fatores individuais e físicos (v.g. clima, solo, relevo etc.), só atribui relevância quando associados a fatores ambientais. Quanto a esses, por exemplo, entende que é a forma ou maneira pela qual o homem lida com a natureza

⁴ Para BUTLER, é necessário superar essa pré-configuração epistemológica porque os seus elementos, o “eu” livre pré-cultural e a cultura determinada “pré-eu”, o espaço de livre determinação e o de restrições impostas externamente, impõem limites *a priori* na reflexão crítica e na prática (2006, pp. 194-199). O desafio, então, seria conceber que nada é absolutamente livre nem determinado, e não é também uma mistura das duas coisas. “Há somente um ‘pegar’ as ferramentas onde elas estão, e o próprio ‘pegar’ é impulsionado pelas ferramentas que aí se encontram” (p. 199). Com efeito, assim, entendo que a sugestão da autora para superar essa pré-configuração epistemológica é uma sugestão de renúncia aos próprios termos daquela pré-configuração, deixando de colocar as questões debatidas dentro desses limites, o que de fato significa esforçar-se para desvendar criticamente os “impulsos” de liberdade que a própria realidade objetiva propicia, onde parece haver apenas restrições, determinações; e os limites, onde parece haver apenas subjetividade livre.

através do trabalho – e não a natureza, simplesmente –, que realmente influencia a criminalidade ou qualquer outro fenômeno social (1905, p. 161).

Em contraste com BONGER, FERRI compreende que quaisquer fatores ambientais ou físicos só adquirem relevância criminógena quando associados a fatores criminógenos individuais – “antropológicos”, diria o autor –, como anormalidades orgânicas, morais e de inteligência (1900, pp. 115-119; 299-300). De acordo com isso, concebe que o “homem criminoso” seja dotado de características individuais que o tornam essencialmente “anormal” ou “patológico”, qualitativamente diverso do “homem honesto”. Este último, quando raramente delinque, ao contrário daquele não comete um “verdadeiro” crime, no sentido de “crime natural”⁵, e o faz sempre por motivos altruístas e “sociais” (Ferri, 1900, pp. 115-119; 550-552).

O que é a regra em FERRI é uma exceção para BONGER. Este compreende que os fatores individuais ou antropológicos importam de forma preponderante tão somente para uma minoria dos criminosos (1905, p. 159), propensos à “criminalidade patológica” – um problema médico, e não de justiça penal (1905, pp. 305; 714-717; 726). E entende que, mesmo esses fatores, são frutos, ainda que muito remotos, de condições sociais que vão sendo plasmadas hereditariamente na constituição orgânica do indivíduo ao longo da história (pp. 305; 714-717).

BONGER repete ao longo de *Criminalité et Conditions Économiques* uma fórmula pela qual rechaça explicações individuais da criminalidade. As diferenças individuais, segundo o autor, explicam tão somente quem cometerá o crime, mas não porque algumas pessoas, quaisquer que sejam, cometerão crimes. Admite, então, que existem “qualidades morais” inatas e que essas variam entre os indivíduos, ou explicam por que uns absorvem mais ou menos os impulsos ora altruístas ora egoístas que o ambiente lança sobre todos (1905, p. 591). Quanto mais fraco o “sentimento moral” no

⁵ Enrico GARÓFALO – em quem, nesse ponto, FERRI se baseava – denominava delito “natural” aquele que viola o “sentimento moral” (Garofalo, 1890). FERRI, na mesma linha, distinguia entre delinquência “natural”, de um lado, e delinquência meramente “legal”, “puramente contravençional” ou “de mera criação política”, de outro. A primeira seria típica de “criminosos”; a segunda geralmente praticada por pessoas “honestas”, sem os traços antropológicos de “criminosos” (1900, pp. 282-283). Exemplos da delinquência “legal” seriam contravenções (v.g. mendicância, porte de arma, embriaguez etc.), crimes de injúria e difamação, crimes contra a “segurança do Estado”, a “ordem pública” e contra os “funcionários públicos” (1900, p. 332). E da delinquência “natural” seriam exemplos os crimes contra os bons costumes, os homicídios intencionais, lesões corporais, estelionatos e fraudes diversas, fraudes comerciais, roubos, extorsões etc. (1900, p. 332).

indivíduo, então, maior o risco de que cometa um crime. Não cabe à sociologia, entretanto, preocupar-se com o porquê dessas diferenças individuais, mas explicar por que alguns indivíduos efetivamente cometem crimes e se tornam criminosos. E o que explica isso não é aquele simples risco, mas sim o ambiente social, cuja explicação, essa sim, BONGER reputa à sociologia do crime (p. 592).

Desse modo, o autor concebe a diferença entre criminosos e “não criminosos” apenas em termos de grau, de quantidade, e não de qualidade, descartando a hipótese do “*homo criminalis*” (1916, pp. 535, nota n. 1). Determinante, porém, é o ambiente social. A depender de quão criminógeno for, mais ou menos indivíduos serão arrastados para a criminalidade; eventualmente, até mesmo aqueles cujos “sentimentos morais” inatos sejam muito fortes.

Para o autor, enfim, os fatores sociais não são todos iguais entre si em termos de relevância causal. BONGER privilegia a explicação pelos fatores sociais econômicos, como agora veremos.

B. Fatores econômicos, socioeconômicos e sociais *não econômicos*

Os fatores econômicos, a rigor, são apenas um subconjunto dos fatores sociais. No entanto, para que se tenha uma ideia melhor do pensamento de BONGER, é útil distingui-los como se fossem coisas distintas. Considere-se, então, a seguinte classificação sugerida por MANNHEIM.

Na quarta parte de seu manual *Criminologia Comparada* (1985), depois de haver apreciado os fatores “não sociais” do crime, digamos (v.g. físicos, antropológicos, biológicos, psiquiátricos etc.), MANNHEIM analisa as explicações causais do crime baseadas em fatores sociais e sugere uma subdivisão desses fatores – que dele infiro, embora ele mesmo não a apresente nesses termos – conforme constituam fatores: (i) indistintamente econômicos e sociais, (ii) sociais, porém não econômicos ou (iii) estritamente econômicos – “fatores econômicos *per se*”, nas palavras do autor (1985, p. 867).

Do primeiro tipo de fator criminógeno social é a classe, desde que não se a defina exclusivamente do ponto de vista econômico, mas igualmente por aspirações culturais, costumes, padrões de consumo, prestígio social ou “autodefinição” etc. (Mannheim,

1985, pp. 686-692). Conforme o autor, baseiam-se no conceito de classe, assim entendido, as teorias criminológicas da subcultura delinquente e da anomia (p. 767 e ss.)⁶. Também pertence a esse primeiro tipo de fator social os “ecológicos”, como aparece no trabalho de SHAW & McKAY (1969 [1942]), que são elementos do meio ambiente humano – v.g. a cidade e o meio rural, a urbanização, a densidade e a mobilidade populacional, a migração e a imigração, a distribuição de equipamentos urbanos, as condições de habitação etc. (Mannheim, 1985, p. 811 e ss.). Nessas teorias acima mencionadas, o fato econômico só é considerado como causa de crimes de maneira indissolivelmente conjugada a outro fato também de natureza social, porém não econômica (1985, p. 867).

Do segundo tipo – que MANNHEIM não menciona nem mesmo em outros termos, mas dele infiro para completar a classificação –, são fatores como a associação diferencial, de SUTHERLAND, que veremos com mais detalhes no Capítulo seguinte, e que basicamente é o processo de aprendizado do comportamento criminal. Este autor pensou a associação diferencial, entre outras coisas, para substituir a explicação econômica do crime. Daí que se possa considerá-lo, exemplarmente, um fato exclusivamente social, não econômico.

Do terceiro tipo, enfim, são os fatores puramente econômicos – ou econômicos “per se”, segundo MANNHEIM, tais como a pobreza (explorada mais que qualquer outro fator econômico, na literatura criminológica), ora como pobreza “absoluta” (miséria material), ora “relativa” (carências não apenas biológicas), ou a riqueza, a desigualdade, os ciclos econômicos etc. (1985, p. 867 e ss.).

Como regra, os autores mencionados por MANNHEIM adotam teorias multifatoriais que abarcam virtualmente quaisquer desses três tipos de fatores sociais – (i) socioeconômicos, (ii) sociais não econômicos e (iii) econômicos –, bem como fatores não sociais (Mannheim, 1985, p. 867 e ss.)⁷.

⁶ A da subcultura, mais conhecida pelo trabalho de Albert K. COHEN (1955), porque “os seus aspectos mais característicos são os problemas emergentes do conflito de classes” (Mannheim, 1985, p. 767). E a da anomia, de Robert K. MERTON (1968 [1949]), pela importância criminógena que dá a contradição entre a ideologia igualitária, “o evangelho da igualdade de oportunidades para todos”, e o “estado real de coisas”, de desigualdade de oportunidades entre classes sociais (Mannheim, 1985, p. 771).

⁷ MANNHEIM oferece diversos exemplos de explicações que partiram de fatores econômicos, muitos deles extraídos até mesmo de autores alheios à Criminologia propriamente dita. Nessa linha, são explicações

Em BONGER, diversamente, só importam os fatores sociais, cujas subespécies, ademais, encontram-se articuladas hierarquicamente em relação aos fatores econômicos, que ele privilegia. O privilégio que lhes concede, no caso, coincide com sua compreensão de que eles determinam todos os demais fatores sociais, ainda que remotamente – em “última instância”, diz o autor.

Paralelamente a essa maior importância que atribui aos fatores econômicos, e para demonstrá-la, BONGER se ocupa de “alargar” o significado dos fatores econômicos, a ponto de neles abarcar não apenas fatos sociais de importância causal direta, mas muitos outros derivados da estrutura econômica da sociedade, além dessa própria estrutura, que compreende como causas ao menos indiretas da criminalidade, como abordarei no tópico seguinte.

Ficará claro, então, que, mesmo conservando a distinção entre fatores econômicos e não econômicos, BONGER considera estes últimos meros desdobramentos causais dos primeiros, *i.e.*, entende que os fatores sociais não econômicos ou socioeconômicos podem ser “regredidos” ou “reduzidos” aos fatores econômicos, que são a sua raiz causal. Situa-os todos, dessa forma, em um mesmo espectro de fatores que se inicia pelos econômicos e vai se transformando nos demais, nem sempre sendo possível distingui-los claramente entre econômicos e não econômicos.

1.2. As causas econômicas de quaisquer crimes, econômicos ou não

Na Parte Primeira de sua obra *Criminalité et Conditions Économiques* (1905), BONGER faz uma extensa revisão da literatura econômica, filosófica e criminológica procurando, em cada autor – a partir de Thomas MORUS (†1535) –, o papel atribuído à economia na explicação da criminalidade.

Constata, então, que somente uma pequena parcela dos autores negava-lhe qualquer relevância causal, mas que, entre a grande maioria que a reconhecia, poucos

presentes numa gama quase aleatória de autores, como Thorsten SELLIN, Cyryl BURT, Dorothy S. THOMAS, Von KAN, BONGER e VOLD, além dele próprio, passando em seguida a LOMBROSO e FERRI até regredir à filosofia política clássica moderna – como a de Thomas MORUS, ROUSSEAU, MONTESQUIEU e BECCARIA – e antiga, como a de ARISTÓTELES (Mannheim, 1985, p. 867 e ss.).

autores concediam à economia a soberania na explicação da criminalidade (Bonger, 1905, p. 305).

Criticamente, ele aponta que isso resultaria da compreensão limitada do que são as “condições econômicas”, restritas apenas a elementos que diretamente exercessem influência sobre a criminalidade, como a pobreza, o que, equivocadamente, reduzia o alcance da explicação econômica (1905, p. 171) e igualava a importância dos fatores econômicos a de quaisquer outros fatores (pp. 305-306).

O autor, por sua vez, considera como fatores econômicos criminógenos muitos outros elementos, decorrentes do “modo de produção” vigente, além desse próprio “modo de produção”, *i.e.*, a estrutura econômica elementar da sociedade – à época, já o sistema econômico capitalista (1905, p. 306). Nesses termos, concebe a pobreza como “mais um” efeito de um fenômeno econômico anterior, que produz outros tantos fatores criminógenos, como, por exemplo, a severidade das condições de trabalho, a concorrência mercantil e a propaganda, que BONGER considera causas indiretas de crimes porque, respectivamente, favorecem o alcoolismo na classe trabalhadora (pp. 416-419), o egoísmo nos capitalistas (p. 461) e a ganância nos consumidores (1905, pp. 625-627), fatores que, por sua vez, diretamente conduzem os indivíduos a cometerem crimes.

Analisarei com mais detalhes, agora, o que leva BONGER a privilegiar a economia na explicação causal do crime e, em decorrência desse privilégio que lhe concede, como amplia o seu emprego.

A. O caráter determinante, em última instância, da estrutura econômica

Partindo do postulado marxista de que a estrutura econômica determina todo o restante da vida social, como a estrutura jurídica, política e espiritual (Marx, 1978, pp. 129-130), BONGER compreende que quaisquer crimes, como quaisquer fenômenos sociais, possuem causas econômicas, ainda que remotas – ainda que em “última instância”, diz o autor.

A “vida econômica”, aponta, é “base sobre a qual se apoia todo o edifício social” (Bonger, 1905, p. 166), “a *conditio sine qua non* da vida e, portanto, ocupa o lugar mais importante na vida dos homens”, pelo que precede lógica e cronologicamente aos demais fatores (p. 453).

A economia, nesse sentido, é identificada à sobrevivência biológica, à luta pela manutenção do próprio corpo dos indivíduos. Dessa forma, como veremos também em FERRI (1883, p. 117), identifica-se a economia com a nutrição dos indivíduos, o que explica seu caráter inexorável e sua proeminência como fator criminógeno, *i.e.*, a luta inevitável pela sobrevivência biológica, mais do que quaisquer outros fatores, impele os indivíduos a cometerem crimes.

É verdade que BONGER não restringe a economia à satisfação de necessidades fisiológicas. De todo modo, compreende a economia, enquanto estrutura econômica elementar – constituída, no capitalismo, pela propriedade privada dos meios de produção (v.g. máquinas e matérias primas), pelo trabalho assalariado e pelo mercado – como o âmbito central da vida humana e, nessa medida, um fator criminógeno proeminente entre os demais, quando impele ao crime os que não conseguem satisfazer suas necessidades (quaisquer que sejam) no interior dessa estrutura.

A atribuição daquele mesmo caráter inexorável da sobrevivência biológica à estrutura econômica fica ainda mais clara em FERRI. Este também atribui grande importância às condições econômicas, embora, ressalve-se, em um plano muito mais prático do que teórico, pois neste último plano consagra a soberania dos fatores antropológicos. A despeito disso, e também a partir de MARX, FERRI compreende que as condições econômicas sejam determinantes de todos os demais aspectos da vida social (Ferri, 1900, pp. 182-183)⁸ e que, à diferença dos ainda mais determinantes fatores antropológicos, são suscetíveis a modificações pela intervenção dos legisladores (p. 310) e, se melhoradas, eliminam-se os gatilhos “ambientais” que levam, na maioria das vezes, os “homens criminosos” à delinquência⁹.

⁸ Embora FERRI compreendesse, à diferença de MARX e ENGELS, que as condições econômicas resultassem naturalmente das condições antropológicas – como a “raça”, determinada pela evolução em certo ambiente natural – e que a teoria marxista devesse ser dosada com menos determinismo econômico, reconhecendo-se a “autonomia relativa” das instituições morais, políticas, jurídicas etc. (1900, pp. 182-183). BONGER acusa FERRI de mal interpretar a teoria marxista quando a condenava como determinista, como se MARX houvesse defendido que exclusivamente a economia fosse determinante dos fenômenos sociais e que não concedesse alguma “autonomia relativa” as instituições morais, políticas, jurídicas etc. (Ferri, 1900, pp. 182-183). Segundo BONGER, entretanto, era precisamente essa a concepção de MARX e ENGELS, expressada na fórmula “última instância”, deste último autor.

⁹ Daí sua proposta de “substitutivos penais”, que são basicamente reformas sociais para incrementar as condições de vida da população – em vez de punir, o que considerava inútil para fins dissuasórios – e sua aposta no socialismo como panaceia da questão criminal (pp. 395-398), a partir de quando somente uns poucos crimes causados exclusivamente por fatores antropológicos seriam cometidos (p. 456).

Para explicar a importância que atribui à estrutura econômica, FERRI compara a sociedade a um organismo vivo e, entre os órgãos desse organismo social, identifica sua função nutritiva com a economia. Conclui, através dessa ilustração, que assim como a função de nutrição é fundamental para o corpo físico individual na biologia, precedendo as funções dos órgãos psicológicos, reprodutores etc., a economia é um órgão fundamental da sociedade, precedendo seus órgãos jurídicos, políticos, morais etc. (Ferri, 1900, pp. 117-118).

Entendida a economia como nutrição do indivíduo e, analogamente, da sociedade, fica clara a precedência atribuída à economia em relação à grande parte ou a todos os demais fatores. Sem a devida nutrição, o indivíduo ou a sociedade falece. Daí que a economia desempenharia um papel preponderante como sujeito ou agente da criminalidade.

De alguma forma, quando o indivíduo ou corpo social não vai bem porque a economia, sua nutrição, anda mal, isso produz outros tantos distúrbios antes da morte por inanição. Esses distúrbios são, analogamente, aqueles crimes que a economia produz indiretamente. A má nutrição sistemática, primeiro, cria malnutridos crônicos (v.g. vagabundos e mendigos), evasivos (v.g. alcoólatras e usuários de drogas ilícitas) e moralmente fracos (Bonger, 1905, pp. 339, 490 e 647)¹⁰.

BONGER, que vai mais longe na explicação econômica, sugere que grande parte do que FERRI interpretaria como “atavismo”, degenerescências físicas e psicológicas, seria também fruto atual ou hereditário de más condições econômicas (Bonger, 1905, pp. 714-717). A deficiência econômica, a má nutrição, em todos esses casos não exatamente criminosos, produz crimes indiretamente, porque cria indivíduos que se supõe como mais propensos a cometerem crimes, inclusive crimes violentos.

FERRI, por seu turno, embora não reduza as degenerescências individuais a condições sociais passadas, entende que a boa nutrição, as condições econômicas satisfatórias, podem coibir a manifestação do atavismo criminoso do indivíduo, tornando-

¹⁰ Como sustentava BONGER a miséria neutralizaria barreiras morais, animalizaria o homem e a sensação de abandono eliminaria o sentimento de reciprocidade (1905, pp. 339, 490 e 647).

o latente, como no caso de um “tuberculoso nato” que tem o privilégio de viver em um “ambiente higienicamente favorável” e não desenvolve a doença (1900, p. 154).

A analogia da sociedade como um corpo e da economia com o seu órgão nutritivo, nos exemplos acima, é particular a FERRI, mas é útil para explicar também como BONGER articula sua explicação econômica do crime.

A analogia com o corpo e a nutrição é particularmente esclarecedora da relevância que se atribui à explicação econômica, seja no plano individual ou social, e, especialmente, de porque alguns autores concederam à economia uma proeminência dentre os fatores criminógenos, que são os sujeitos e agentes objetivos da criminalidade. Essas analogias esclarecem, ainda, o sentido da conhecida fórmula segundo a qual a economia, “em última instância”, seria determinante de todos outros aspectos da vida humana e social, uma proposição que se repete na obra de BONGER (1905, p. 181) e FERRI (1900, pp. 182-183), e foi elaborada por ENGELS (1982, p. 352).

B. Causas econômicas indiretas da criminalidade

Ao privilegiar a explicação econômica do crime, pelas razões acima, BONGER simultaneamente expande as possibilidades de seu emprego. O passo mais significativo, nesse sentido, ele dá quando deriva da estrutura econômica o que entende ser a causa mais geral da criminalidade.

BONGER define o crime como um ato egoísta (p. 437)¹¹. O egoísmo, assim, ele o considera a causa mais geral da criminalidade (p. 458). Descarta, entretanto, que o homem seja naturalmente egoísta. A biologia e a antropologia já haveriam demonstrado, aponta, que há igualmente predisposições altruístas na humanidade. O maior ou menor egoísmo das pessoas em geral, portanto, só pode resultar do ambiente social e, “em última instância”, da estrutura econômica vigente, que promove ou desestimula as predisposições inatas (p. 451).

¹¹ O crime, para o autor, além de manifestação de egoísmo, é um ato imoral e antissocial que se julga, porém, merecer uma reprovação mais grave que outros comportamentos também imorais e antissociais. E não é qualquer ato imoral ou antissocial grave que se considera um crime, mas apenas aqueles cuja definição como tal esteja de acordo com os interesses das classes dominantes ou que não os contrariem – a não ser muito excepcionalmente, quando as classes subalternas gozam de algum poder e, contrariamente ao interesse das classes dominantes, conseguem definir como crime a violação do que lhes interessa (Bonger, 1905, pp. 432-435).

O sistema econômico capitalista, entende BONGER, favorece as tendências egoístas. Para os capitalistas, especificamente, porque esse sistema econômico está baseado na competição mercantil e na troca com intuito de lucro, quando cada parte envolvida opõe seu interesse próprio em detrimento do interesse da outra (pp. 459 e 461). E no proletariado, por sua vez, o egoísmo é produto do fato de essa classe ser a que mais sofre com a falta de reciprocidade, pois é relegada à condição de mero instrumento do lucro e, e nessa medida, sujeitada a condições de trabalho e de vida deterioradas, ao desemprego e eventualmente à miséria (pp. 480-481).

Perceba-se como esse raciocínio permite a BONGER estender a explicação econômica para muito além da que é usual – que a limita a crimes patrimoniais, em regra –, alcançando agora possivelmente quaisquer crimes.

Além da própria estrutura econômica, o autor considera criminógenos outros elementos ou efeitos dessa estrutura, diversos daqueles fatores econômicos tradicionais ou *per se*, como a pobreza, e ainda considera os efeitos indiretos desta última. Tudo isso é muito bem ilustrado por sua análise dos crimes sexuais e do alcoolismo.

BONGER concebia que as causas dos crimes sexuais, como estupros e atentados ao pudor, até mesmo desses crimes graves, seriam principalmente econômicas, ainda que de forma indireta e remota.

Primeiro que, geralmente cometidos contra mulheres, entende o autor que tais crimes são especialmente o produto da sua dependência em relação aos homens, que é primordialmente uma dependência econômica, que as sujeita às vontades masculinas como meros objetos (1905, pp. 351-365)¹². Haveria uma tendência de punir estupros, assim, tão somente quando isso significasse uma ofensa aos maridos e pais “proprietários” das mulheres violentadas, e não por considerações a seus interesses. Tanto quanto mais independentes forem, porém, mais tais crimes serão punidos e menos eles serão cometidos contra elas (1905, p. 674).

¹² No Capítulo III (“As relações dos sexos e da família”), Subtítulo A (“O casamento”), BONGER analisa a situação da mulher em distintos modos de produção – das sociedades primitivas de caçadores, pastores e agricultores, passando pelas sociedades antigas de agricultura desenvolvida e uso de mão de obra escrava até chegar ao capitalismo industrial –, procurando demonstrar que a dependência da mulher em relação ao homem está em função de sua dependência econômica em relação a ele (1905, pp. 351-365).

Além disso, com exceção daqueles estupros “patológicos” – frutos de perversões sexuais, que geralmente vitimam crianças –, entende o autor que são a obra de “brutos” (não de “perversos”), que querem satisfazer suas vontades a qualquer custo, quando lhes falta a oportunidade. Tal brutalidade e a falta de oportunidade para satisfazer o apetite sexual resultam, ao ver de BONGER, de causas econômicas (1905, p. 666; 677). Nesse sentido, as estatísticas da época apontavam serem crimes cometidos majoritariamente por adultos solteiros e entre os mais pobres. A solteirice resultaria principalmente de dificuldades econômicas que inviabilizam o casamento na idade em que o apetite sexual é maior (1905, pp. 669-670). E a pobreza favorece o cometimento de tais crimes sexuais porque, no ambiente em que predominam condições de vida degradadas, desenvolve-se a baixa “civildade” e a violência como forma de obter o que se quer. A sexualidade, então, é frequentemente considerada meramente “do ponto de vista puramente animal” e a mulher encarada como mero meio de os homens atingirem seus desejos (1905, p. 672).

Quanto ao alcoolismo, uma das causas dos crimes sexuais e dos crimes cometidos por vingança (1905, p. 564), BONGER compreende que suas causas sejam principalmente econômicas. Entre os trabalhadores, ilustra, o alcoolismo resulta de condições de trabalho degradantes e fatigantes, ou da desnutrição, porque alivia o desconforto físico (1905, pp. 416-419). O alcoolismo também pode resultar de fenômenos sociais não econômicos, como a “ignorância”, a “falta de cultura” e de meios alternativos de diversão. Contudo, outra vez, também reduz esses fenômenos “não econômicos” a causas econômicas. No caso, explica, resultam de a renda dos trabalhadores ser escassa, e sua disposição física ser prejudicada por longas e penosas jornadas de trabalho, o que os impede de adquirir cultura, educação e formas mais sofisticadas de lazer (1905, pp. 420-421).

Como ilustra essa análise, o privilégio ou “soberania” que BONGER concede à economia traduz-se na ideia de que a causa de todos os fenômenos sociais pode ser “regredida” ou “reduzida” até um ponto causal original que são as “condições econômicas” elementares. Assim, sem descartar que um fenômeno social “não econômico” possa ser causa de qualquer outro, compreende que também esse fenômeno “não econômico” possa ser explicado a partir de outro que, por sua vez, seja “econômico”.

Por conta dessa redução em “última instância” dos fatores ambientais a fatores econômicos, não é claro, em BONGER, onde terminam uns e começam os outros. Não

existe uma linha absolutamente clara que os distinga entre fatores “não econômicos” – mas sim morais, políticos, espirituais etc. – e aqueles puramente “econômicos”. No meio do caminho entre uma coisa e outra, então, haverá eventualmente fatores criminógenos indistintamente econômicos e “não econômicos”, como o egoísmo, fenômeno subjetivo, simultaneamente moral e econômico, ao qual BONGER atribui a condição de causa geral da criminalidade.

A rigor, já que tudo o que é social poderia ser reduzido à economia, a distinção entre econômico e “não econômico” perde importância. Não é à toa, a meu ver, que BONGER não se preocupa com circunscrever claramente os limites do que entendia como “econômico”. Em todo caso, ele retoma e insiste nessa distinção quando elabora sua classificação de crimes, através da qual distingue os crimes resultantes diretamente de fatores econômicos em relação àqueles cujas causas econômicas seriam apenas indiretas.

O critério que o permite distinguir as classes crimes é o motivo preponderante no momento em que este é cometido. Embora o autor não ofereça expressamente uma definição do que sejam “motivos econômicos”, creio se pode inferi-los, como veremos no tópico seguinte.

1.3. Os crimes (mais) econômicos (que outros) e suas espécies

BONGER subdividia a criminalidade em quatro classes, conforme os motivos que, imediatamente, levam alguém a cometer um crime. Três dessas classes são bem definidas e uma quarta lhe serve residualmente para abrigar todos os demais crimes não encaixados nas anteriores. Elas agrupam, separadamente, os (i) econômicos, (ii) sexuais, (iii) políticos e, enfim, (iii) os crimes cometidos por outros inumerados motivos, como a vingança, especialmente, ou o temor de ser exposto à vergonha pública, por exemplo (1905, p. 592 e ss.).

À parte dessas, há ainda uma quinta classe, embora o autor não se refira a ela nesses termos, e que abriga os crimes “patológicos”, aqueles crimes cujos motivos são muito incomuns, extraordinários, qualitativamente diversos dos “motivos que formam a base de todos os atos humanos” e particulares a uma pequena parcela de indivíduos, apenas, como nos casos em que a pessoa furta um objeto que tranquilamente poderia

comprar, ou quando comete um homicídio sem que tenha sofrido qualquer provocação (1905, p. 711).

Consoante o fato de que sua classificação se orienta pelo critério do “motivo” do crime, não são econômicos apenas os crimes cometidos contra a propriedade. Ele ressalva, nesse sentido, que o crime violento contra a propriedade tanto pode ter um motivo econômico quanto pode ser cometido por vingança. Na mesma linha, um crime de homicídio ou de incêndio também pode ter um motivo econômico, como o homicídio para assegurar o furto (latrocínio) ou o incêndio para fraudar o seguro (1905, p. 592).

SUTHERLAND critica a classificação de BONGER porque, obviamente, nenhum crime pode ser reduzido a um único motivo (Sutherland E. H., 1947, pp. 20-21). Essa crítica, porém, ignora que o argumento de BONGER não era esse, como agora acabamos de ver. O que ele sustentava era que, para determinados crimes, preponderariam determinados motivos em detrimento de outros, e não que seriam movidos por um motivo único.

BONGER faz ainda uma subdivisão dos crimes econômicos em quatro espécies: (i) vagabundagem e mendicância; (ii) furtos e análogos, que são os crimes econômicos não violentos; (iii) roubos e outros crimes cometidos com violência por razões econômicas; (iv) e, finalmente, crimes como falência fraudulenta e adulteração de alimentos, tipicamente cometidos pela burguesia (1905, p. 601).

Ele admite que um mesmo crime possa ser classificado em mais de uma dessas espécies, simultaneamente, o que exemplifica com o crime de apropriação indébita, que entraria tanto na segunda quanto na quarta categoria. Na segunda, por exemplo, entraria o caso de um trabalhador que se apropria de uma bicicleta que tenha alugado. E na quarta, o caso de um banqueiro que se apropria de depósitos confiados ao banco do qual é diretor. Acrescenta que as três primeiras espécies são crimes econômicos cometidos majoritariamente por pessoas pobres e a última sobretudo pela burguesia (*idem*).

Com exceção dos crimes de vagabundagem e mendicância¹³, cada uma dessas espécies de crimes econômicos desdobra-se em subespécies distinguidas pelos mesmos critérios, conforme o motivo econômico do crime consista especificamente (i) na pobreza, (ii) na ganância, ou (iii) no meio de vida do ofensor, *i.e.*, o crime é “profissão” da pessoa, seu meio de subsistência, o mecanismo “normal” pelo qual satisfaz suas necessidades, seja furtando, roubando ou fraudando clientes no exercício de atividades comerciais, por exemplo.

Cruzando estes últimos critérios com aquelas espécies de crimes econômicos, chega-se à seguinte tabela, que sintetiza a classificação do autor.

CRIMES ECONÔMICOS – BONGER

	Pobreza	Ganância	Profissionais
“Vagabundagem e mendicância”	Vide nota de rodapé n. 13.		
“Furtos e análogos” (crimes econômicos não violentos)	Motivados por necessidades básicas	Motivados por necessidades supérfluas, luxúria, cobiça etc.	Motivados por ganância; crimes cometidos como “meio de vida”
“Roubos e análogos” (crimes econômicos violentos)	<i>Idem</i>	<i>Idem</i>	<i>Idem</i> (violência vista como “mal necessário” que, cedo ou tarde, a “profissão” exige empregar)
“Falência fraudulenta, adulteração de alimentos e análogos” (crimes econômicos da burguesia)	<i>Idem</i> (pobreza entendida, aqui, como “ruína empresarial”)	<i>Idem</i> (ganância excessiva; desejo de ficar ainda mais rico)	<i>Idem</i> (cometidos por “grandes criminosos”)

A seguir, farei uma breve descrição de cada uma dessas subespécies de crimes.

A. Crimes econômicos não violentos

Como vimos acima, os crimes da segunda espécie de crimes econômicos (furtos e análogos), BONGER os subdivide em três subespécies: (i) os que são cometidos por conta da pobreza ou miséria; (ii) os que são cometidos por ganância; (iii) e, enfim, os que são cometidos por criminosos profissionais (1905, p. 618).

¹³ Os crimes de vagabundagem e mendicância, BONGER fundamentalmente os distingue em dois grandes grupos: os movidos pelo desejo de não trabalhar, mesmo quando se pode, e os que resultam da impossibilidade de encontrar ou desempenhar qualquer trabalho, casos dos desempregados crônicos, dos idosos e das crianças (Bonger, 1905, pp. 546-563).

Por crimes análogos ao furto, o autor quer dizer quaisquer crimes econômicos praticados sem violência – excetuados aqueles que entram na última subespécie de crimes econômicos, cuja nota distintiva não é a violência ou sua ausência, mas o fato de serem praticados por membros da burguesia.

A miséria ou pobreza não deve ser entendida em um sentido muito estreito, alerta BONGER. Nesse sentido, não é a fome apenas, que pode ser saciada com um único furto, mas sim a contínua carência de alimentos e a insatisfação de tantas outras necessidades básicas, como as de abrigo, vestuário e descanso (1905, pp. 618-619). O fato de a pobreza ou a miséria serem causas de furtos e análogos estaria comprovada pelo fato de que estes aumentam quando a pobreza aumenta no inverno (p. 619) e nas crises econômicas, quando falta trabalho e os preços dos alimentos aumentam (p. 620), e ainda pelo fato de que, muito frequentemente, esses ilícitos são cometidos por mulheres que se tornaram viúvas ou se divorciaram (p. 625).

A ganância, enquanto motivo econômico de crimes, significa o desejo de satisfazer tudo aquilo que escapa à ideia de necessidades básicas ou elementares. Daí a segunda subespécie de crimes de furto e análogos: aqueles que são cometidos sem que esteja presente como motivo a satisfação de necessidades prementes, mas tão somente a luxúria. Essa luxúria BONGER atribui à estrutura econômica. Ele a associa à cobiça da condição daqueles que são distintamente ricos, distinção que o capitalismo acentuaria. Não à toa as estatísticas demonstrariam que os crimes econômicos são mais frequentes nos países onde são mais desenvolvidos o comércio e a manufatura. Também associa os crimes cometidos por ganância ao fato de que as crises econômicas privam as pessoas de uma condição mais favorável, à qual estavam acostumadas. E, finalmente, relaciona tais crimes ao fato de que a indústria capitalista, porque produz sem a garantia de que suas mercadorias serão efetivamente vendidas, emprega a propaganda como forma de excitar o desejo nos consumidores, o que é outra fonte de ganância (1905, pp. 625-627).

Os crimes cometidos por pobreza ou por ganância são, especialmente os últimos, em geral obra de “criminosos ocasionais”. Mas há uma última subespécie de furtos e análogos que é cometida por criminosos profissionais, cuja “ocupação principal ou subsidiária é furtar”. Alguns porque, desde crianças, foram estimulados a isso, sob as ordens e em benefício de seus pais; outros, em geral provenientes de um ambiente social e familiar desestruturado, e desprovidos de qualquer qualificação profissional, costumam

fazer do crime seu meio de vida depois de uma primeira prisão por qualquer razão, que lhes estigmatiza, dificultando oportunidades futuras de trabalho, e lhes serve de “escola” da criminalidade (1905, pp. 633-635).

Nos criminosos profissionais, segundo BONGER, uma grande ganância é característica, pelo que muito cobiçam a condição daqueles que, sem muito trabalho, vivem muito bem. Sendo-lhes impossível atingir a mesma condição por caminhos lícitos, “arriscam” outro método (1905, p. 638). São “perfeitos egoístas”, levados ao crime por circunstâncias sociais (pp. 639-640).

B. Crimes econômicos violentos

Os crimes econômicos da terceira espécie, quais sejam os crimes econômicos cometidos com violência, como o roubo e análogos, seriam relativamente menos frequentes e variariam de acordo com as condições econômicas de um país ou classe social, o que estaria comprovado por estatísticas.

Entre suas causas, em geral, BONGER destaca: estradas precárias que propiciam assaltos facilitando a ação de bandos; as baixas oportunidades de se cometerem crimes econômicos sem violência, dado o incipiente desenvolvimento econômico do país; a maior presença da violência nas sociedades pouco desenvolvidas, ou em certa parcela da sociedade, como forma de resolução de conflitos; e, enfim, a falta de “civilidade”, que somente floresce com o desenvolvimento econômico (1905, pp. 642-644).

Também esses crimes BONGER os distingue em três subespécies, iguais àquelas estabelecidas para os furtos e crimes análogos: (i) os cometidos por conta da pobreza, (ii) os cometidos por conta da ganância e (iii) os cometidos por criminosos profissionais (1905, p. 645). O que diferencia os crimes econômicos violentos dos não violentos é apenas que, nos primeiros, estão presentes também fatores que levam ao emprego da violência.

Embora associe a violência à pobreza, BONGER entende que são pouco frequentes os crimes econômicos cometidos com violência por força da pobreza, e ainda menos frequentes aqueles levados a efeito pela ganância. Mais frequentes seriam os crimes econômicos violentos cometidos por criminosos profissionais, porque, segundo o

autor, cedo ou tarde esses teriam de recorrer à violência para atingir seus fins, encarando-a como um mal necessário, inerente ao “ramo” em que atuam (1905, p. 651).

C. Crimes típicos da burguesia

Por fim, BONGER aborda aqueles crimes econômicos que seriam típicos da classe burguesa: falência fraudulenta, adulteração de alimentos e crimes análogos. Como antes, ele os subdivide entre três subespécies, análogas àquelas dos outros crimes econômicos (1905, p. 652).

Semelhantemente à pobreza, o motor de uma das subespécies dessa categoria seria o declínio ou ruína econômica, ou melhor, o temor disso, o medo premente de perder a condição econômica elevada, confortável. Os indivíduos que cometem crimes econômicos por essa razão, embora ensinados a agir honestamente, seriam antes de mais nada ensinados a serem bem-sucedidos. Assim, na verdade, a honestidade seria valorizada mais em função da imagem dos negócios do que por uma questão puramente moral (1905, pp. 652-655).

A segunda subespécie compreende os crimes que a burguesia, tipicamente, cometeria por ganância, quer dizer, não porque seus negócios vão mal, mas porque esses indivíduos querem ficar ainda mais ricos. As causas dessa criminalidade seriam, primeiro, uma ganância extrema. Embora seja típica de toda a sociedade capitalista, a ganância afetaria especialmente a burguesia, por conta do papel que desempenha, dirigindo os negócios. As oportunidades que possui para cometer esses crimes seriam enormes, pois são difíceis de detectar, como a adulteração de alimentos. O ambiente de negócios moralmente degradado também contribuiria na ocorrência desses crimes (1905, pp. 655-656).

Analogamente àqueles anteriores crimes econômicos profissionais, a terceira e última subespécie compreende os crimes que BONGER denomina típicos dos “grandes criminosos” (1905, p. 657).

Seriam pessoas muito ricas, de extrema e insaciável ganância, acostumadas a viver no luxo suntuoso, para as quais os sentimentos morais não têm muita importância, e que ademais são muito talentosas e inteligentes. Elas cometem uma criminalidade que atinge simultaneamente um grande número de pessoas, por meio de fraudes no exercício de seus

negócios, sendo esta subespécie a única cuja causa é exclusivamente o ambiente econômico capitalista. Antes de mais nada porque somente sob tal sistema essa criminalidade é concebível e viável.

Exemplificam-na o cometimento em grande escala dos crimes de falência fraudulenta ou adulteração de alimentos, o uso de informações privilegiadas ou a manipulação do mercado de ações, os crimes relacionados à especulação financeira etc.

Uma característica frequente e notável desses crimes, segundo BONGER, seria o fato de ser muito sutil a sua distinção em relação a comportamentos lícitos, pelo que muitos dos autores desses crimes reivindicam, quando descobertos, estarem convictos de que não fizeram nada de errado.

BONGER denuncia o fato de que, embora os danos causados por esses crimes sejam muitos maiores do que os causados por furtos, estes são muito mais punidos do que aqueles, e com penas muito maiores – um tratamento díspar que demonstra o caráter classicista do Direito Penal, aponta o autor. A despeito disso, esses atos são criminalizados, segundo BONGER, pelo fato de que ameaçam o “progresso regular do capitalismo”, como no caso das falências fraudulentas, ou para inibir efeitos danosos do capitalismo sobre terceiros, como aqueles infligidos a consumidores, no caso da adulteração de alimentos.

Para concluir a análise de BONGER, enfim, quero chamar a atenção para o fato de que essa última subespécie de crimes, os que são típicos da burguesia, neste autor são apenas um caso específico de “crimes econômicos”, por sua vez definidos como aqueles cujas causas imediatas e preponderantes são “econômicas” – *i.e.*, fatores criminógenos como a pobreza, a ganância ou o fato de o crime constituir-se no meio de vida ou profissão pela qual alguém satisfaz suas necessidades, quaisquer que sejam.

Mais à frente, diversamente, veremos um uso diferente para o termo “crime econômico”, que tende a ser restringido justamente a essa última subespécie de crimes analisadas por BONGER. Muda, aliás, a razão pela qual o qualificativo “econômico” é empregado. Adianto, nesse sentido, que se falará em “crimes econômicos” não porque se trate especificamente de crimes resultantes de causas econômicas, mas por se tratar de crimes cometidos em meio à economia.

A análise que BONGER faz dos crimes típicos da burguesia, no mais, antecipa alguns aspectos que SUTHERLAND explorará à exaustão, como veremos no próximo Capítulo, acerca dos “crimes do colarinho branco”.

Capítulo 2 – O crime em meio à economia

Valho-me das obras de Edwin H. SUTHERLAND, neste Capítulo, para ilustrar a perspectiva da “economia” tomada como objeto de investigação criminológica, e não mais como causa ou fator criminógeno.

SUTHERLAND, segundo Albert COHEN, foi provavelmente o criminólogo mais influente de seu tempo e ainda o era ao menos quarenta anos depois de sua morte (1990). Foi professor em diversas instituições americanas e, quando faleceu, aos 67 anos, lecionava na Universidade de Indiana (Estados Unidos), onde estava desde 1935, vinculado ao Departamento de Sociologia (Geis & Goff, 1983). Sua contribuição mais notável foram os estudos sobre a “criminalidade do colarinho branco”, pelos quais, segundo MANNHEIM, ele provavelmente haveria recebido um Nobel de criminologia, se houvesse tal prêmio (1985, p. 721).

Os “crimes do colarinho branco” estão relacionados à “economia”, mas de um modo distinto daquele que vimos em BONGER, no Capítulo anterior. Este último autor trata das causas econômicas do crime e, nesse sentido, fala de “crime econômico” como aquele cujas causas sejam preponderantemente econômicas. Já os crimes do colarinho branco são crimes situados em meio à economia – não importando, em princípio, quais são as suas causas.

Embora a denominação “crime do colarinho branco”, que SUTHERLAND cunhou (Geis & Goff, 1983, p. xvii), sugira que seu elemento mais importante seja o tipo sociológico de autor – os membros das classes altas, que vestem “colarinho branco” –, veremos que igualmente importa, para SUTHERLAND, o âmbito onde esses crimes são cometidos, que é o das ocupações ou profissões e, nesse sentido, o âmbito econômico.

A obra em que SUTHERLAND analisa o tema com profundidade é *White Collar Crime*, publicada pela primeira vez em 1949. A edição que utilizo é aquela denominada “sem cortes” (“uncut version”), publicada postumamente, em 1983. Conforme Gilbert GEIS & Colin GOFF, SUTHERLAND foi pressionado, à época, tanto pela Editora quanto pela Universidade onde era professor, a não mencionar os nomes das corporações. A Editora temia ser processada porque a obra as qualificava de “criminosas”, mesmo

quando não haviam sido condenadas pela Justiça Criminal. Já a Universidade, cria SUTHERLAND, temia perder patrocinadores (Geis & Goff, 1983, p. x).

Além da definição de crime de colarinho branco, abordarei as linhas gerais da pesquisa empírica de SUTHERLAND sobre os crimes das corporações, por meio dos quais o autor tentou mapear a frequência e as espécies mais comuns de crimes do colarinho branco.

Nos tópicos seguintes, começo traçando o percurso que levou o autor das causas econômico-criminógenas para o objeto econômico-criminógeno.

Como veremos, SUTHERLAND passou das explicações tradicionais do crime, geralmente multifatoriais e centradas em patologias individuais ou sociais, para uma explicação “despatologizada” e monista¹⁴, *i.e.*, de causa única, que é a “associação diferencial” – o processo de aprendizado do comportamento criminal, basicamente.

No autor, o fio condutor dessa reflexão metodológica orbita principalmente a discussão das explicações econômicas do crime, tradicionalmente centradas na pobreza. Foi para demonstrar a frequência com que os membros das classes altas também delinquem que elaborou sua teoria e pesquisa publicadas em *White Collar Crime*, em 1949. Dessa forma, argumentava SUTHERLAND, ficava claro que a pobreza não poderia ser causa de crimes. Em lugar dela, assim como de qualquer outro fator, enfim, oferecerá exclusivamente a associação diferencial.

Ele chegou a esta conclusão monista por conta de sua compreensão do conceito de “causa” como algo que esteja sempre presente quando um fenômeno ocorre e ausente quando ele não ocorre (1947, p. 3), o que o levou a negar à pobreza e a qualquer outro fator esse status de “causa”. Entretanto, ele entendia que esse rigor fosse necessário apenas no nível de uma teoria geral – *i.e.*, dos crimes em geral –, o que julgava cientificamente imprescindível para articular teorias específicas – *i.e.*, de crimes

¹⁴ A partir de meados da década de 30, SUTHERLAND rejeita decididamente as teorias multifatoriais do crime e adota uma teoria geral e “monista”, *i.e.*, centrada numa única causa, que é “associação diferencial” como causa de crimes (Laub & Sampson, 1991). Porém, como veremos, não descartava em absoluto a importância de outros fatores.

específicos –. Essas teorias específicas, por seu turno, admitiriam explicações menos rigorosas e que partissem, por exemplo, de fatores como a pobreza ou a riqueza.

Nesse sentido, ele inclusive contribuiu para expandir a explicação econômica, sugerindo os efeitos criminógenos também da abundância ou excesso de recursos, no caso da criminalidade do colarinho branco, em contraste com a escassez de recursos que tradicionalmente ocupava o lugar central nesse tipo de explicação.

2.1. Rebaixamento e ressignificação da explicação econômica

Conforme SUTHERLAND, a explicação econômica do crime era centrada em torno do conceito de pobreza e feita geralmente através de duas hipóteses. Uma explorava a relevância criminógena da posição da pessoa na estrutura econômica e propunha que pessoas de baixo status econômico cometem mais crimes que pessoas de alto status econômico. E outra, tratando dos efeitos dos ciclos econômicos¹⁵, propunha que em tempos de crise a criminalidade aumenta.

O autor rejeita essa segunda hipótese, mesmo em sua versão moderada – *i.e.*, a de que nos períodos de crise apenas alguns crimes aumentariam, enquanto outros diminuiriam. Entendia que a influência dos ciclos econômicos sobre a criminalidade é no mínimo controversa, no máximo pouco significativa e de qualquer forma metodologicamente incerta (1947, pp. 174-175).

Quanto à primeira hipótese, ele a admite em termos, como veremos agora. Admitirá também uma variação dessa primeira hipótese, conforme a qual não é apenas a baixa posição da pessoa na estrutura econômica, mas também a elevada posição que é relevante para explicar a criminalidade, ainda que classes distintas de crimes.

A. Rebaixamento da relevância criminógena da pobreza

Tratando das explicações econômicas da criminalidade, de pronto SUTHERLAND descarta a identificação da pobreza ou da necessidade econômica com “necessidade fisiológica” (v.g. fome, sede, frio etc.), abstraindo-se de tais conceitos as

¹⁵ Ciclos econômicos são as oscilações não duradouras, não sistêmicas ou não estruturais das condições econômicas (Thomas & Ogburn, 1922, pp. 324-325), como crises e períodos de prosperidade.

suas “definições sociais” (1947, p. 176). Além disso, o principal alvo de sua crítica é a tese da pobreza ou da necessidade econômica como causa geral da criminalidade.

Reconhecia a consistência de estudos como o de SHAW & McKAY (1969 [1942]), que demonstraram, para a Cidade de Chicago, que a criminalidade era maior nas áreas urbanas onde se concentram os mais pobres; mas criticava o fato de estudos como esses basearem-se em estatísticas oficiais que não incluíam ou sub-representavam a delinquência típica das pessoas mais ricas, tornando tais estatísticas enviesadas e inadequadas para sustentar qualquer conclusão segura (1947, pp. 173-174; 1983, pp. 3-4). Esses estudos também não explicavam por que algumas pessoas muito pobres não delinquiriam jamais ou por que garotas delinquiriam muito menos que garotos da mesma vizinhança ou família (1983, pp. 5-6). Além disso, havia estudos que apontavam no sentido contrário, indicando que a criminalidade era maior entre os jovens pobres que trabalhavam do que entre os desocupados, por exemplo (Sutherland E. H., 1947, p. 177).

A pobreza, obviamente, também não explica a criminalidade do colarinho branco. E tampouco adiantaria, aqui, substituí-la pela “necessidade econômica”. Conforme o autor, só se pode dizer que as pessoas mais ricas, tipicamente autoras dessa criminalidade, têm “necessidades econômicas” porque o conceito de necessidade é tão “indefinidamente expansível que a necessidade de um terceiro automóvel pode ser um incentivo para o crime tanto quanto a necessidade de comida para saciar a fome” (1947, p. 176). Além disso, as necessidades, quaisquer e quantas sejam, explicam tanto o comportamento criminoso quanto o comportamento não criminoso: “Ladrões geralmente roubam para ganhar dinheiro, mas com a mesma finalidade outras pessoas arranjam um emprego”. E SUTHERLAND entende que, se uma variável serve de causa tanto para o comportamento criminoso quanto para o comportamento honesto, ela não deve ser admitida como causa da variação criminosa do comportamento (1947, pp. 7-8).

Voltando aos estudos de SHAW & McKAY (1969 [1942]), ele se pergunta como esses autores puderam constatar a irrelevância criminógena dos ciclos econômicos e, ao mesmo tempo, demonstrar que a criminalidade era significativamente maior nas áreas mais pobres da cidade. Concluirá, então, que a causa da criminalidade só pode ser uma terceira coisa, que se conjuga à pobreza apenas quando ela se manifesta concentrada territorialmente; mas a causa não é a pobreza em si mesma ou diretamente (1947, p. 176).

Essa terceira coisa, como em SHAW & McKAY (1969 [1942]), SUTHERLAND entende ser a “desorganização social”: a presença, nessas áreas da cidade onde a pobreza se concentra, de uma “tradição”, “padrão de comportamento” ou “cultura” delinquente, reforçadas por organizações como gangues e combinada à debilidade de agências de controle tradicionais (v.g. família, vizinhança etc.) (1947, pp. 132-150).

Ressalvo que SUTHERLAND preferirá o termo “organização social diferencial”, pois a expressão “desorganização” denotaria apenas um juízo de valor inadequado (1973b, p. 21). Assim colocada, ela é o conjunto dos “processos grupais ou sociais que expõem os indivíduos a padrões criminais” ou anticriminais (Matsueda, 1988, p. 282); ou ainda, o conjunto dos “processos educacionais alternativos”, um levando ao crime e outro a rejeitá-lo (Cressey D. R., 1960, p. 55; 1960b, p. 3). Dependendo dessa “organização social diferencial”, da razão entre organização favorável e contrária ao padrão delinquente, os indivíduos serão mais ou menos expostos a ele, e no mesmo sentido será maior ou menor a taxa de crimes (Matsueda, 1988, p. 282; Cressey D. R., 1960b, p. 3; Sutherland E. H., 1947, pp. 8-9).

Vale frisar, quanto aos fatores da “organização social diferencial”, que esses dizem respeito apenas ao controle social, ou seja, do que o favorece (contrariando o crime) ou o debilita (favorecendo o crime). Nesse sentido, são os “processos sociais que modificam o controle social” (1947, p. 74), seus mecanismos e agências (v.g. família, vizinhança, igrejas, escolas, leis, moralidade etc.). Eles não explicam porque o comportamento criminal surge antes mesmo de haver qualquer reação social a ele, mas sim porque, “uma vez iniciado, não aumenta até que todos sejam criminosos”, o que SUTHERLAND atribuía ao fato de outros se organizarem contra os criminosos e suas organizações, estancando sua expansão (1973b, p. 21).

Nesses termos, predomina nessas áreas mais pobres da cidade uma “organização social” favorável ao padrão de comportamento delinquente. E as pessoas mais pobres são atraídas justamente para esses locais, onde os aluguéis são mais baratos, e assim expostas ao padrão de comportamento delinquente predominante, aumentando as chances de que venham a “aprendê-lo” (Sutherland E. H., 1947, pp. 69-81; 140-142; 176-177).

Esse aprendizado é a “associação diferencial”, o processo pelo qual o indivíduo assimila valores do meio em que vive, ou o “aprendizado por associação com quem avalia

comportamentos criminais de forma favorável e por isolamento em relação a quem os avalia desfavoravelmente”. Assim, o crime ocorre em determinadas situações “se o peso das avaliações favoráveis ao comportamento delinquente supera as desfavoráveis” aprendidas pelo indivíduo (1983, p. 240)¹⁶.

SUTHERLAND conclui, então, que a “pobreza é significativa como causa de crimes primordialmente quando determina associações com padrões criminais de comportamento ou isolamento em relação a padrões anticriminais” (1947, pp. 176-177)¹⁷, de forma que a verdadeira causa “não é a pobreza, entendida como necessidade econômica, mas as relações sociais e interpessoais que eventualmente estão associadas com a pobreza e eventualmente com a riqueza” (1983, p. 6)¹⁸.

Nesse sentido, o que o autor constatou, inclusive pelo estudo da criminalidade do colarinho branco, é que também os mais ricos delinquem quando são expostos ao contato frequente e íntimo com um “padrão” ou “modelo” de comportamento criminal (1947, p. 176), como quando alguém ingressa numa corporação ou ramo de negócios em que a prática de crimes por colegas, chefes ou concorrentes é frequente (1983, pp. 240-255).

É de se esperar, portanto, que o empobrecimento cronológico não seja realmente relevante para explicar a criminalidade, como apontavam as estatísticas consideradas por SUTHERLAND e que o levaram a rejeitar aquela primeira hipótese comum às explicações econômicas do crime – a de que crises são criminógenas. Uma crise econômica, que afeta a todos, potencialmente altera muito menos as relações sociais e interpessoais que uma pessoa mantém. Se diminuem os aluguéis em geral, por exemplo, as pessoas tendem a permanecer na mesma casa e vizinhança, indica o autor. Já as variações econômicas geográficas afetam sensivelmente as “associações” pessoais (1947, p. 176).

¹⁶ “The hypothesis of differential association is that criminal behavior is learned in association with those who define such criminal behavior favorably and in isolation from those who define it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the unfavorable definitions exceeds the weight of the unfavorable definitions” (Sutherland E. H., 1947, p. 240). Tradução minha.

¹⁷ “... poverty is significant in crime causation primarily as it determines associations with criminal patterns or isolation from anti-criminal patterns...” (Sutherland, 1947, pp. 176-177). Tradução minha.

¹⁸ “... the causal factor is not poverty, in the sense of economic need, but the social and interpersonal relations which are associated sometimes with poverty...” (Sutherland E. H., 1983, p. 6). Tradução minha.

Para SUTHERLAND, quaisquer fatores criminógenos dentre aqueles inúmeros e variados elencados na literatura – ambientais (v.g. sociais, econômicos, políticos etc.) ou individuais (v.g. fisiológicos, psicopatológicos etc.) –, só terão relevância explicativa na medida em que favoreçam o contato do indivíduo com um padrão criminal de comportamento, cujo aprendizado é a verdadeira “causa” do comportamento criminal individual.

Observo que SUTHERLAND deliberadamente não trata da questão da origem do comportamento criminal na sociedade ou no grupo em questão, que relega como problema à parte (Sutherland E. H., 1947, p. 4;8; Matsueda, 1988, p. 279)¹⁹. Ele tampouco aprofunda a explicação a respeito de por que alguém acaba ou não entrando em contato com um padrão de comportamento criminal, o que a associação diferencial em si mesma não explica (1947, p. 8) e que o autor admitia ser “frequentemente uma questão de pura aleatoriedade” (1947, p. 143)²⁰.

Segundo MATSUEDA e BARATTA, essas questões só foram melhor trabalhadas posteriormente, por outros autores, especialmente em torno do conceito de “subcultura delinquente”, como fizeram Albert COHEN (1955) e Richard CLOWARD & Lloyd OHLIN (1960), complementarmente a SUTHERLAND (Matsueda, 1988, p. 288; Baratta, 2011, p. 69 e ss.).

Note-se, enfim, que o monismo de SUTHERLAND não era incompatível com admitir alguma relevância de fatores como a pobreza. Somente lhes conferia um papel inferior, subordinado à teoria geral. Entendia, pois, que seria cientificamente necessário identificar um elemento comum que estivesse sempre presente como causa de qualquer crime (1947, pp. 3-4), o que não o impedia de reconhecer que a teoria geral, desprovida de especificações, seria pouco útil, tanto no plano teórico quanto no plano político, pelo que seria “desejável fragmentar a criminalidade em unidades mais homogêneas” (1947,

¹⁹ Esse padrão, logicamente, deve preexistir a seu aprendizado pelo indivíduo. E, segundo autor, também preexiste a sua criminalização (1973b, p. 24), a qual resulta de um “conflito de culturas” entre parcelas da sociedade – mais bem descrito como “conflito normativo”, ou o conflito de culturas relativo às normas criminais (Cressey D. R., 1968) –, quando uma logra criminalizar o padrão de comportamento da outra, por qualquer razão que seja (1973b, p. 20).

²⁰ “... a matter of sheer chance” (1947, p. 143). Tradução minha. Por exemplo, dizia algumas crianças não se tornam delinquentes, mesmo residindo em áreas em que a criminalidade é muito frequente, porque eventualmente moram em uma rua específica onde não há outros delinquentes (1947, pp. 142-143).

p. 218). De acordo com isso, embora a associação diferencial seja uma teoria geral, ela funciona de formas diferentes para diferentes tipos de crimes (Matsueda, 1988, pp. 282-283; Jackson, Tittle, & Burke, 1986, p. 336; Sutherland E. H., 1973, p. 36)²¹.

Nesse sentido, o autor concebia alguma relevância causal aos múltiplos fatores particulares em ao menos dois sentidos. Um é aquele que vimos acima, no qual os fatores atuam como causa indireta, mediada pela associação diferencial, a exemplo da pobreza ou da riqueza, quando essas determinam associações com padrões criminais de comportamento. Em outro, os fatores explicam, diretamente, não o “fato do crime”, mas seus aspectos particulares: que crime será cometido, quando, por que motivos, como e quem o cometerá. O status econômico, por exemplo, é relevante para explicar o tipo de crime que a pessoa comete, pois “determina as oportunidades, meios e possibilidades para cometer determinados crimes e não outros” (Sutherland E. H., 1947, p. 177)²².

Em qualquer caso, a explicação do crime pela pobreza, assim como por outras “patologias” sociais ou individuais, perde a centralidade. Procurando demonstrar que também delinquem com frequência as pessoas das classes altas, as pessoas escolarizadas, são física e intelectualmente, nascidas em famílias razoavelmente estruturadas etc., SUTHERLAND encontrará a causa da criminalidade em algo não “patológico”, que é a associação diferencial, e que serve à explicação da criminalidade de qualquer estrato econômico ou condição pessoal e social (1983, pp. 4-5).

B. Resignificação da riqueza como causa de crimes

Descartada, então, qualquer pretensão de elevar a explicação econômica àquele nível de coerência, em tese satisfeito somente pela “associação diferencial”, SUTHERLAND pôde expandi-la tranquilamente, ainda que em um nível analítico “inferior” ou “subordinado”.

²¹ Não é precisa a conclusão que aparece em MANNHEIM ou RUGGIERO, portanto, de que SUTHERLAND concebesse o crime como uma coisa única, que devesse ter sempre a mesma causa, em vez de causas diferentes para diferentes classes de crime (Ruggiero, 2008, pp. 10-11; Mannheim, 1985, p. 733). E, ao contrário do que aponta MANNHEIM, SUTHERLAND não descarta absolutamente a relevância causal da pobreza ou da riqueza na explicação do crime (Mannheim, 1985, pp. 29-30; 878).

²² “The kind of crime, as contrasted with the fact of crime, is very significantly related to economic status. One’s position in the economic structure determines opportunities, facilities, and possibilities for specialized crimes” (Sutherland, 1947, p. 177). Tradução minha

Uma de suas maiores contribuições, então, foi justamente o estudo dos fatores econômicos da “criminalidade do colarinho branco”, cujo significado é diverso dos fatores relacionados à pobreza. Aplicando aqui a terminologia de RUGGIERO (2008, pp. 6-8), entendo que se possa dizer que SUTHERLAND também sustentava o que aquele definia como “causalidade dos opostos”, embora em um nível inferior de análise.

RUGGIERO critica aqueles que, tentando “salvar” a coerência da tese da pobreza como causa de crimes, recorrem a ela para explicar a criminalidade típica dos mais ricos em termos de “pobreza relativa”, reciclando o conceito de pobreza para estendê-lo, assim, às classes altas, porque só enxergam efeitos criminógenos na “falta” ou “escassez” de recursos. Em vez disso, quanto aos crimes do colarinho branco, por exemplo, RUGGIERO adota uma hipótese qualitativamente diversa daquela e em franca oposição a ela, entendendo que a própria riqueza ou a abundância de recursos – como contrário da pobreza –, tem igualmente efeitos criminógenos.

A explicação oferecida por SUTHERLAND igualmente não se resumia à ideia, já muito comum na literatura, de que a criminalidade dos ricos é impulsionada por desejos luxuriosos, ganância, avareza etc.

Valendo desse tipo de explicação, MANNHEIM refere-se a Aristóteles para dizer que já ele haveria vagamente intuído que “a prosperidade tinha no campo criminológico a mesma importância que a pobreza” (1985, p. 876)²³. Aliás, conforme NICEFORO, há toda uma literatura milenar (v.g. clássica, estoica, cristã) que, exaltando o caráter enobrecedor da pobreza em contraste com a natureza desvirtuante da riqueza, apresentava-a: como fonte de vícios morais nos mais ricos (v.g. ócio, luxúria, prepotência etc.) e nos mais pobres (v.g. inveja, rancor, rebeldia política etc.); como origem de problemas adicionais – criando novos desejos e necessidades – e não solução da pobreza; ou ainda como perigosa fonte de poder, porque independe de qualquer virtude para ser obtida. (1955, pp. 376-378; 381-382).

MANNHEIM, então, ironiza a “fantástica tese” de SUTHERLAND, dizendo que ele haveria descartado a pobreza como causa de crimes tão só porque os delinquentes do

²³ ARISTÓTELES, nesse sentido, dizia que “os crimes mais graves são causados pelo excesso e não pela necessidade”, e por excesso entendia o prazer de satisfazer carências fisiológicas para “além daquilo a que se está obrigado por natureza” e os prazeres totalmente supérfluos (1999, p. 35)

colarinho branco não eram pobres, como se a riqueza não pudesse ser causa de crimes ou como se estes “dois extremos”, pobreza e prosperidade, não pudessem produzir o mesmo efeito criminógeno, ainda que por “trajetórias” causais diversas. Por exemplo, o excesso de exercício físico, tanto quanto o sedentarismo, faz igualmente mal à saúde; ganhar mais, tanto quanto gastar menos, serve para acumular capital (Mannheim, 1985, p. 878). Mas o fato é que MANNHEIM, quando falava de prosperidade e pobreza, não estava falando verdadeiramente de coisas opostas ou diferentes. No fundo, não enxergava nelas mais do que “condições relativas nas quais os homens, correta ou erradamente, podem padecer de ‘insatisfação’” (1985, pp. 877-878). Assim, a insatisfação do pobre é superficialmente diferente da insatisfação do rico, mas ao fim e ao cabo o fator criminógeno é sempre a mesma “insatisfação”, ainda que eventualmente travestida de insatisfação com a “falta” de excesso.

A ideia de que a criminalidade dos ricos é movida por desejos luxuriosos, excessos ou avareza, portanto, não é mais que uma versão da tese da “pobreza relativa”, que, como denuncia RUGGIERO, é utilizada para reintroduzir, de forma sub-reptícia, a “pobreza” como causa também da criminalidade das pessoas ricas. SUTHERLAND, por sua vez, partirá de um outro tipo de explicação econômica da criminalidade, esse sim a revelar uma “causalidade de opostos”. É que, em vez de se ater à ideia de escassez, absoluta ou relativa, SUTHERLAND recorre também à “abundância” de recursos, em si mesma, como fator criminógeno.

RUGGIERO não formaliza essa hipótese em termos mais gerais, e tampouco SUTHERLAND, mas é possível extrair de ambos os autores o seu significado: a abundância de recursos cria os meios e as ocasiões para que toda uma gama de crimes inconcebíveis no contexto da escassez possa ser cometida. A causalidade, então, já não é concebida a partir do motivo do crime, mas sim com base nos meios que ensejam ou viabilizam o seu cometimento, para satisfazer não importa quais necessidades (v.g. fisiológicas, luxuriosas, supérfluas etc.). Nesse caso, a pobreza e a riqueza são compreendidas, respectivamente, como escassez ou excesso de recursos.

Que a escassez de recursos ocasione o cometimento de crimes é uma ideia perfeitamente compatível com a de “falta” enquanto motivo de crimes; mas coloca em evidência que o importante não é o tipo ou dimensão da necessidade, senão a falta dos meios para satisfazê-la. O excesso de recursos, por sua vez, é causa de certos crimes que

pressupõem esse excesso como instrumento ou ocasião de se cometê-los, como, por exemplo, nos seguintes casos mencionados por SUTHERLAND (1983): (i) a discriminação de preços, pela prática de descontos em favor de um cliente, mas não de outros, para estabelecer uma relação que beneficie os envolvidos em detrimento dos concorrentes, pressupõe o excesso de recursos como instrumento que viabiliza os descontos inicialmente; (ii) a ocasião para cometer fraudes contábeis e financeiras, restrições da concorrência pela manipulação de patentes ou “práticas trabalhistas injustas” ocorre em um ambiente em que, por definição, predomina o excesso, e não a escassez de recursos. Nesses casos, mesmo que se diga que a falta (relativa à necessidade ou desejo de maiores lucros) seja o motivo do crime, o excesso de recursos é um pressuposto do seu cometimento, o que não necessariamente é o caso dos crimes do “colarinho azul”, aqueles que são típicos dos mais pobres, como furtos e roubos.

Assim, tais crimes se explicam, ao menos em parte, não como efeitos do “mal funcionamento” da estrutura econômica, caso da pobreza, mas sim como efeitos de quando essa estrutura “funciona bem” ou “normalmente”, isto é, quando produz riqueza. Esse argumento coincide com a ideia de que o crime é, ao menos nesses casos, não um produto de uma “patologia” econômica, como crise ou pobreza, senão que um produto da “eficiência” econômica, no sentido de abundância de recursos.

É assim que SUTHERLAND verdadeiramente ressignifica, a meu ver, a explicação econômica do crime, e não simplesmente a “estende” ou “transpõe” sobre a delinquência dos mais ricos.

2.2. O crime do colarinho branco

O “crime do colarinho branco”, cuja definição SUTHERLAND não julgava definitiva, mas aproximada, é um “crime cometido por pessoas respeitáveis e de elevado status social no curso de sua ocupação” (1983, p. 7).

Tal designação não acolhe indistintamente quaisquer crimes cometidos por membros das classes altas. A exigência de que o crime em questão esteja relacionado à ocupação da pessoa, a princípio, exclui da sua esfera crimes como homicídios, uso de drogas e adultérios (1983, p. 7). Em verdade, porém, SUTHERLAND não apresenta uma definição que, *a priori*, exclua determinado tipo de crime em particular. Ele considera,

por exemplo, que é um crime do colarinho branco o homicídio cometido por industrial para combater uma greve (1941, p. 112), ou o furto de água cometido por uma companhia para economizar custos (1983, p. 195).

O intuito de lucro, ao menos expresso, direto ou consciente, também não é um elemento necessário para qualificar um crime como “do colarinho branco”. Basta que o crime esteja relacionado à ocupação da pessoa, ou melhor, que seja cometido em função dela e no seu exercício. Dessa forma, é provável que todo crime do colarinho branco traga um ganho, lucro ou vantagem para quem o comete, mas essa não é uma exigência da definição formal. Apenas para exemplificar com um caso limítrofe, SUTHERLAND considerava um crime do colarinho branco as calúnias cometidas pela mídia. Especificamente, menciona o caso de uma companhia de cinema condenada por caluniar a realza russa no filme *Rasputin e a Imperatriz* (1983, pp. 193-194).

Essa ocupação, que é a profissão da pessoa, inclui também a profissão de empresário, pelo que se poderia abarcar os crimes do colarinho branco na categoria dos “crimes ocupacionais” e subdividi-los em “crimes profissionais” e “crimes empresariais”. Mais importante, porém, é frisar que, de acordo com esse elemento “ocupacional” da definição, nem todo crime que poderia ser considerado como pertencente ao âmbito econômico pertencerá à criminalidade do colarinho branco, a não ser que esteja relacionado à ocupação profissional da pessoa, aí incluída a profissão de empresário. Não é crime do colarinho branco, portanto, os delitos tributários relacionados ao imposto de renda das pessoas físicas, os praticados por consumidores nas transações comerciais cotidianas, ou os cometidos no curso de negócios eventuais que as pessoas fazem.

Não abrange, contudo, qualquer ocupação, mas apenas aquelas de pessoas “respeitáveis” e de “elevado status social”.

Nota MANNHEIM que, por conta do elemento “elevado status social” incluído na definição, exclui-se da criminalidade do colarinho branco profissões como as de “empregadas domésticas, empregados dos correios, limpadores de janelas” (1985, p. 729) e, como sugere, referindo-se ao trabalho de MILLS sobre a classe média americana e as profissões “do colarinho branco” (1969), de regra essa qualificação não abrange os crimes de profissionais manuais ou braçais (1985, p. 727). MANNHEIM nota, além disso, que esse elemento da definição é problemático, inclusive porque não foi definido

precisamente e mais ainda porque, embora SUTHERLAND trate de crimes de pessoas cujo “elevado status social” é inequívoco – a exemplo dos proprietários e diretores de grandes corporações, ou de políticos –, também considera crimes do colarinho branco toda uma série de condutas praticadas por pessoas de “status social” não tão elevado assim, como vendedores no comércio ou pequenos empresários (Mannheim, 1985, pp. 727-728).

A “respeitabilidade”, por sua vez, e de acordo com o próprio SUTHERLAND, exclui do âmbito dos crimes do colarinho branco as pessoas ricas que dirigem negócios no “submundo”, que ademais não atenderiam, também, ao critério de “elevado status social” (1983, p. 7). Esse elemento, a “respeitabilidade”, mais do que o “elevado status”, explica satisfatoriamente porque, em SUTHERLAND, estão excluídos do âmbito dos crimes do colarinho branco todos os crimes da economia ilícita, como os mercados de produtos ilegais – as drogas; o álcool, durante a proibição americana; as coisas roubadas e furtadas etc. – e os crimes patrimoniais. Interpreto, assim, que a “respeitabilidade” de que falava SUTHERLAND, e um tanto à diferença dele, era mais uma característica da atividade econômica principal exercida pelo autor do crime do que uma característica pessoal desse autor.

Em síntese, pode-se dizer que os crimes do colarinho branco são possivelmente quaisquer tipos de crime praticados no âmbito da economia lícita ou formal e, mais especificamente, no das profissões (aí incluída a profissão de empresário), que ademais sejam de “elevado status social” – o que, ao fim e ao cabo, quer dizer apenas que se excluem as profissões braçais, mas não as profissões típicas da classe média ou os pequenos empresários, de status social não tão elevado assim. São os crimes eventualmente cometidos no curso dessas profissões, em função delas e no seu exercício.

Poderia ser acrescentado, ainda, mais um elemento à definição de crime do colarinho branco, que seria a “violação da confiança”. Embora MANNHEIM, por exemplo, sugira algo assim, ele mesmo reconhece que a “violação da confiança” só estaria presente eventualmente (1985, pp. 724; 729-732), como aliás o próprio SUTHERLAND o faz, classificando-a como sua “característica mais geral, embora não universal”: (i) seja quando a “confiança” é expressamente delegada – a um diretor ou gerente de empresa, para representar os interesses dos acionistas ou sócios –; (ii) seja quando é implícita – como a “confiança” na veracidade dos relatórios que a corporação publica, a respeito de

sua situação, com vistas a angariar potenciais novos investidores no mercado de ações (1983, p. 112).

A definição de crime do colarinho branco evidencia a contribuição de SUTHERLAND no sentido de identificar não só a criminalidade entre as classes sociais abastadas, mas também uma criminalidade própria do âmbito econômico, que seria típica dessas classes, a começar pelo fato de que só elas teriam a oportunidade de cometer delitos desse gênero.

Até então, a criminologia basicamente se concentrou em destacar os efeitos da economia sobre a criminalidade, e principalmente os efeitos das “patologias” econômicas, como crises e pobreza. SUTHERLAND, por sua vez, também procurou demonstrar como o funcionamento normal e saudável da economia pode ser igualmente criminógeno, no sentido de que a riqueza, tanto quanto a pobreza, eventualmente também é um fator criminógeno, embora de um gênero distinto de crimes, os do “colarinho branco”, e não no sentido de “motivo” do crime – como seria o caso da pobreza –, mas sim enquanto determinante das condições e ocasiões que viabilizam o delito.

Ao passo em que ressignificou a explicação econômica do crime, SUTHERLAND de certa forma também extinguiu a divisão que parecia separar em compartimentos estanques a criminalidade, de um lado, e a economia, de outro. Os crimes do colarinho branco, nesse sentido, não são apenas meros efeitos “da” economia, nem a economia é uma coisa essencialmente distinta da criminalidade. Os crimes do colarinho branco, no caso, estão *na* economia. Em outras palavras, eles são uma intersecção entre criminalidade, de um lado, e a economia, de outro.

É verdade que, antes de SUTHERLAND, outros autores já haviam apontado que, no exercício de suas profissões e atividades econômicas em geral, as pessoas cometem delitos que são típicos ou comuns nessas atividades. Não podiam deixar de reconhecer que seja assim. Isso, entretanto, não implica reconhecer também que o crime, nesse caso, fosse tão “econômico” quanto a própria atividade em questão. FERRI, por exemplo, dizia que a “luta imposta pela existência” pode ser travada tanto com a atividade “honesta ou econômica” quanto com a atividade “desonesta ou criminosa” (1900, p. 457). De acordo com isso, ele compreendia que a economia é por definição uma atividade não criminosa e que, inversamente, a atividade criminosa não é econômica. Em SUTHERLAND,

entretanto, a definição do objeto “economia”, o “campo” econômico da vida humana, é livre de valores morais ou jurídicos, a ponto de que a economia, por definição, possa comportar tanto atividades lícitas quanto ilícitas, morais ou imorais.

BONGER (1905, pp. 655-657), igualmente, parecia compartilhar desse pressuposto. Mas fato é que, por qualquer razão que seja, esse autor não esquadrinhou tal tipo de criminalidade como SUTHERLAND o fez, ou tampouco se ocupou de dar uma mínima dimensão realista de sua frequência.

Ademais, o que é peculiar em SUTHERLAND – e em menor medida, em BONGER – não é o fato de que concebesse a economia capitalista como criminógena – o que FERRI, por exemplo, também admitia –, mas sim que reconhecesse que as mesmas práticas, racionalidades, atitudes, ideologias etc. que produzem a economia capitalista produzem também crimes no interior dessa economia, de forma que o que explica uma coisa explica também a outra. Sob outro aspecto, isso significa reconhecer que os crimes, tanto quanto os atos legítimos, são a princípio instrumentos igualmente aptos para reproduzir a economia capitalista. São igualmente econômicos, nesse sentido. E que, no âmbito da economia – ao menos –, crimes e atos legítimos frequentemente não são coisas essencialmente distintas, pois possuem os mesmos motivos e são cometidos pelos mesmos meios. Tanto que muitos atos são tolerados em determinadas circunstâncias, mas não em outras, ou não mais a partir de certo momento histórico e político, quando passam a ser criminalizados.

De acordo com isso, SUTHERLAND apontava, por exemplo, que práticas “legítimas” de mercado favorecem a formação de monopólios criminosos (1983, p. 94); que há práticas as quais, em si mesmas, servem tanto a propósitos lícitos quanto criminosos, o que seria o caso das patentes industriais, utilizadas eventualmente para restringir a concorrência (1983, p. 113); práticas que só não se tornaram criminosas “ainda” porque a sociedade não tomou consciência de seus efeitos nocivos e não se organizou para criminalizá-las, o que seria boa parte dos casos analisados em *White Collar Crime* (1983, pp. 256-257); práticas que se revelam intoleráveis apenas em circunstâncias sociais excepcionais, como nos períodos de guerra, a exemplo da elevação de preços, quando esses são tabelados (1983, pp. 174-191); ou que a “racionalidade” de um ato econômico legítimo é a mesma de um ato econômico criminoso (1983, p. 236).

A economia, então, não é um terreno livre de crimes por definição. Pelo contrário. Ela tendencialmente implica um mínimo de crimes que lhe é, de certa forma, imanente.

A. Os crimes das corporações como índice dos crimes do colarinho branco

As principais elaborações de SUTHERLAND sobre o crime do colarinho branco encontram-se na mesma obra (*White Collar Crime*) em que ele tentou apurar a frequência desses crimes.

Partindo de dados disponibilizados em cortes de justiça, agências administrativas, relatórios públicos e jornais, listou os crimes cometidos pelas 70 maiores corporações americanas ao longo de suas existências, que em média era de 45 anos. Considerou crime ou “violação” qualquer um mencionado em um ato oficial imposto ou reconhecido pela própria corporação – o que ocorria nos casos de acordo com as autoridades ou as vítimas (1983, pp. 13-25)²⁴.

Chegou à conclusão, então, que cada uma daquelas 70 corporações, em média, havia sofrido 14 condenações ao longo de sua existência. Do total de 980 encontradas, 583 eram provenientes da justiça. Entre essas, a maioria era de cortes civis ou de equidade; apenas 158, ou cerca de 16% do total de 980, advinham da justiça criminal. E de agências administrativas advinha o restante de 397 – excluídas as que foram submetidas a cortes judiciais²⁵.

²⁴ Para isso, primeiro, SUTHERLAND considerou duas listas, uma de 1929 (Berle & Means, 1932) e outra de 1938 (Goldsmith, Parmelee, Friend, Gorham, & Granb, 1940), que enumeravam as 200 maiores corporações americanas “não financeiras”. Excluiu, dentre essas, as corporações de “utilidades públicas”, como as de energia elétrica e iluminação pública – que analisa em separado (1983, pp. 201-224) –, comunicações e transportes, e também as de petróleo. Restaram 68 corporações comuns a ambas as listas. SUTHERLAND acrescentou, então, duas corporações que apareciam na lista de 1938, mas não de 1929. Dessa forma, chegou às 70 maiores corporações americanas, dedicadas à manufatura, à mineração e ao comércio. Considerou também suas subsidiárias, enquanto estiveram sob seu controle. Os atos oficiais considerados eram principalmente decisões judiciais ou administrativas, mas também determinações unilaterais (não precedidas de defesa pelas corporações), simples atos de confisco de bens – comuns no caso de violação a leis sanitárias.

²⁵ No original, onde traduzi por condenação, lê-se “decision” (1983, p. 15). Traduzi livremente por “condenação”, para evidenciar o sentido dessa decisão para a corporação afetada. As “cortes de equidade” (“courts of equity”), em oposição a “cortes de lei” (“courts of law”), eram órgãos judiciais separados, encarregados da solução de casos pela “equidade”, *i.e.*, o recurso a princípios gerais do direito, quando a aplicação de precedentes judiciais ou da lei não oferecesse uma resposta. Em 1938, no âmbito da União, ambos os tipos de corte foram fundidos na justiça civil unificada. Em algumas unidades da federação, porém, ainda hoje remanesce aquela antiga divisão (Federal Judicial Center, 2019a; 2019b)

Se sua análise fosse limitada aos casos estritamente criminais, como ele mesmo aponta, revelaria que 60% daquelas corporações possuíam “condenações” criminais, na média de 4 para cada corporação, o que seria suficiente para defini-las, se fossem pessoas, e de acordo com a legislação de alguns estados americanos, como “criminosas habituais” (1983, p. 23).

Muitas das violações consideradas, assim, fogem da definição puramente formal de crime, que SUTHERLAND rejeitava. Essa discrepância, portanto, não o impedia de incluí-las “no objeto de uma teoria do comportamento criminal”, analisado do ponto de vista criminológico, que não responde às mesmas preocupações do Direito (1983, pp. 45-46).

Para o autor, excluídas as meras violações de contratos (p. 196), crime é simplesmente o ato que o Direito proíbe (porque socialmente danoso) e pune. Não importa o nome que se dê ao comportamento proibido: se crime, leve (“misdemeanor”) ou grave (“felony”)²⁶, ou se “discriminação”, “infração” etc. Também não importa o tipo de pena: prisões, multas criminais ou administrativas, ordens administrativas ou judiciais cujo descumprimento enseja multas ou caracteriza o crime de desobediência, ou até mesmo indenizações punitivas (“punitive damages”) na justiça civil²⁷. Será pena todo “sofrimento” planejadamente imposto pelo Estado, até o mais ameno sofrimento, como a “vergonha pública” imposta às corporações que recebam “ordens de cessar e desistir” ou firmem compromissos de não reincidir (1983, pp. 46-47; 51). No mais, tudo se resumiria a uma questão semântica (1983, p. 52) e ao fato de que, nas punições cíveis ou administrativas, não há o “estigma do crime” (1983, p. 54).

Isso permitia a SUTHERLAND considerar como “crimes” diversas condutas ilícitas atribuídas a corporações nas esferas cível e administrativa, apenas. Mas ele insistia que muitas dessas violações seriam em verdade criminais também do ponto de vista formal, ainda que remotamente, quando: (i) havendo previsão de pena criminal para o

²⁶ “Misdemeanor” é um crime “menor”, menos grave, com penas mais brandas, mas ainda assim um crime, que se diferencia de “felony”, um crime mais grave (Merriam-Webster Dictionary, 2019).

²⁷ Esse seria o caso de algumas violações a marcas e patentes. Embora não fossem previstas sanções criminais, as leis federais autorizavam a imposição de indenizações punitivas (1983, p. 50).

mesmo ato, tenha sido punido apenas administrativa ou civilmente (1983, p. 48)²⁸; (ii) a decisão judicial cível ou a decisão administrativa, se descumprida, caracterizasse o crime de desobediência (1983, p. 49)²⁹.

A definição de penas alternativas e anteriores às penas criminais que se aplicariam à determinada violação é o que SUTHERLAND denomina “implementação diferencial” (“differential implementation”). Teria sido inaugurada pelo *Sherman Antitrust Act* (United States Congress, 1890), que serviu de modelo a legislações posteriores. Embora se referisse textualmente a crimes (contra a concorrência), criou instrumentos alternativos e anteriores a penas criminais para tratar dessas condutas: a emissão de ordens judiciais (“injunctions”) cujo descumprimento caracterizaria o crime de desobediência e o incentivo para que os próprios ofendidos processassem os ofensores em troca de “indenizações punitivas” (“punitive damages”) – *i.e.*, que lhes ressarcisse o dano e ainda lhes premiasse com um valor adicional, de três vezes o valor do dano, que serviria de pena aos ofensores. O efeito dessas inovações, provavelmente planejado, segundo SUTHERLAND, foi o de livrar os acusados do “estigma do crime”, uma punição à parte, que haveria se fossem publicamente expostos como criminosos nas cortes criminais (1983, pp. 53-55).

SUTHERLAND também endossava a criminalização (propriamente dita) de corporações, o que era já um fato consumado nos Estados Unidos. Argumentava que, frequentemente, adotava-se esse formato de organização empresarial ou incrementava-se a sua complexidade (v.g. uso de marcas diferentes, subsidiárias etc.) com o propósito consciente de tornar anônimos os autores individuais de crimes, dificultando sua responsabilização (1983, pp. 233-236).

Note-se, enfim, que a relativização da definição de crime e a assunção de que igualmente tais “crimes” são cometidos por corporações são condições, ou pressupostos,

²⁸ Conforme SUTHERLAND, o *Sherman Antitrust Act* (United States Congress, 1890) previa crimes menos graves (“misdemeanors”) puníveis com sanções cíveis, administrativas e criminais, todas sobrepostas, mas independentes, de forma que eventualmente nem todas eram aplicadas (1983, p. 48).

²⁹ No caso de violações antitruste menos graves, a agência encarregada de sua persecução, a *Federal Trade Commission*, podia exigir dos ofensores o compromisso de não reincidência (“stipulations”) e, em caso de não aceitação ou descumprimento, enviar-lhes “ordens de cessar e desistir” (“cease and desist orders”), que se necessário poderiam ser reiteradas judicialmente (“injunction”), agora sob pena de o descumprimento caracterizar crime de desobediência. Depois de 1938, a própria agência poderia processar e multar o descumprimento da “ordem de cessar e desistir”, que ainda poderia ser punido como crime de desobediência (1983, p. 49).

que viabilizam o projeto do autor em *White Collar Crime*: utilizar os crimes das corporações como índice dos crimes do colarinho branco em geral, a fim de comprovar que esses são muito mais frequentes do que se pôde até então imaginar.

B. Espécies de crimes do colarinho branco

SUTHERLAND reuniu as diferentes violações em 8 classes que são as mencionadas no Quadro abaixo.

SUTHERLAND: 8 classes de "violações" ou "crimes" do colarinho branco

1. Restrições do mercado
2. Descontos ("rebates")
3. Violações das Leis de Patentes, Marcas e Direitos autorais
4. Propaganda enganosa
5. Práticas trabalhistas injustas e outras violações das leis trabalhistas
6. Manipulações financeiras
7. Violações dos regulamentos das épocas guerra ("violations of war regulations")
8. Ofensas diversas ("miscellaneous offenses")

Conforme o autor, as restrições de mercado – classe (1), acima – ocorrem via três métodos: (i) "consolidações", que reduzem o número de corporações, via fusões ou incorporações; (ii) fixação de preços uniformes, via acordos informais, acordos de patentes ou na forma dos "antigos" trustes³⁰, ou de cartéis de empresas e ainda por outros meios; (iii) e discriminação de preços, pela qual uma corporação favorece ou prejudica algumas dentre sua clientela (1983, pp. 74-90).

Nesses termos, a classe (2) e parte da classe (3) são um caso especial de restrição de mercado: os descontos, enquanto forma de discriminação de preços, e a manipulação de direitos sobre patentes, essa quando feita para restringir a concorrência. SUTHERLAND considera especialmente a prática de descontos por companhias ferroviárias. Inicialmente, conforme o autor, eram comuns na forma reembolsos, ocultando-se o desconto dos demais clientes da companhia. Depois, tornaram-se mais frequentes métodos fraudulentos: pesos subestimados, classificação da mercadoria como outra cujo transporte era mais barato, pagamento de indenizações por cargas que não foram perdidas etc. (1983, pp. 94-96). Já a manipulação de direitos sobre patentes para

³⁰ Nos antigos trustes, conforme SUTHERLAND, formava-se uma associação de representantes de diversas corporações que autorizavam esses representantes a definir condições uniformes a serem seguidas por todas as corporações representadas (1983, p. 79).

restringir a concorrência ocorria principalmente via acordos pelo quais duas ou mais corporações permitiam-se umas às outras usar as respectivas patentes (“pools de patentes”), mas sob determinadas condições que amarravam, entre elas, a uniformidade dos preços ou das quantidades ofertadas dos bens produzidos sob licença das patentes (1983, pp. 107-112).

As demais violações relacionadas a patentes, ou a marcas e direitos autorais – classe (3) – são simplesmente a apropriação indevida desses direitos, *i.e.*, sem autorização do titular ou pagamento de royalties (1983, pp. 99-107).

Violações consistentes em propaganda enganosa – classe (4) – são as que omitem ou amenizam perigos físicos dos produtos colocados à venda, ou exageram seus benefícios ou agredem concorrentes falseando as características de seus produtos (1983, pp. 131-132).

Entre as práticas trabalhistas injustas e violações da legislação trabalhista – classe (5) – SUTHERLAND atentou-se principalmente às violações ao direito de negociação coletiva, pela recusa intransigente ou pela interferência nos sindicatos (*v.g.* suborno de lideranças, violência, criação de sindicatos fajutos etc.), e residualmente às violações de outros direitos trabalhistas (*v.g.* salários mínimos, condições de trabalho, proibição de trabalho infantil etc.) (1983, pp. 135-152).

Nas manipulações financeiras – classe (6) –, SUTHERLAND incluiu basicamente os crimes cometidos por diretores, gerentes, executivos etc., em detrimento da própria companhia ou de terceiros (*v.g.* clientes, fornecedores, governo, potenciais investidores etc.). Exemplos dos primeiros, que denominou “violações da confiança”, são a apropriação de bens da companhia, o uso de informações privilegiadas em benefício próprio, o favorecimento de alguns acionistas em prejuízo de outros etc. Já os segundos, essencialmente, são a dissimulação da situação financeira ou patrimonial da companhia para atrair investimentos (1983, pp. 153-173).

Finalmente, nas classes (7) e (8), agrupou violações muito diversas, tais quais delitos tributários (*v.g.* a sonegação fiscal e o descaminho) (pp. 181-183; 194), ambientais (*v.g.* a poluição do ar ou de águas) (p. 192) ou relativas a bens cuja produção ou comércio era limitado, regulamentado ou dependente de licenças. Exemplos desses últimos,

mencionados por SUTHERLAND, são os casos de condenação pela violação das cotas ou proibições de emprego de materiais escassos e estratégicos fora da indústria voltada à guerra (pp. 180-181); pela violação de embargos comerciais a países inimigos na guerra (pp. 186-188); pela violação de preços máximos no comércio de alimentos durante as guerras (p. 179); pelo transporte de explosivos sem a marcação exigida; pela produção de leite de magnésia e de óculos sem a devida licença; ou pela construção às margens de um rio navegável sem prévia autorização (1983, p. 192).

Não havia um tipo legal específico de crime que SUTHERLAND *a priori* excluísse dos crimes do colarinho branco. Considerava como tal, por exemplo, o homicídio cometido por um empregador contra um operário para impedir uma greve (1941, p. 112), o aborto praticado por médicos (1983, p. 9), e até mesmo a participação das corporações em mercados ilegais, desde que em função da atividade exercida pela corporação, o que seria, por exemplo, o caso das fabricantes de automóveis em relação ao álcool, quando sua produção e consumo eram proibidos no país. Essas companhias vendiam muitos carros a prazo, com reserva de domínio. Alguns traficantes de álcool compravam esses carros tão somente para transportar a mercadoria proibida, reduzindo as perdas caso o veículo fosse apreendido no caminho. A Justiça, posteriormente, não autorizava a restituição dos veículos às companhias, o que SUTHERLAND interpretava como prova do reconhecimento da participação, ainda que por negligência apenas, dessas corporações no cometimento daqueles crimes (1983, pp. 195-196).

Na mesma linha, embora a maioria das expropriações abordadas pelo autor fossem bastante sofisticadas e modernas, como as fraudes contábeis ou a propaganda enganosa, também considerava como crime do colarinho branco o mero furto ou fraudes mais grosseiras. Nesse sentido, menciona o furto de água cometido por uma corporação para economizar custos (1983, p. 195) e fraudes no comércio de carros usados, com defeitos maquiados para serem vendidos como se estivessem perfeitos (1983, p. 241).

A meu ver, há crimes que são tipicamente do colarinho branco, porque são típicos dos mercados lícitos. Afinal, como se extrai da definição em SUTHERLAND, aqueles são os crimes cometidos no curso de ocupações cujo escopo, por definição, é lícito ou “respeitável”, o que quer dizer que seu objetivo é a produção e circulação de bens lícitos, que justamente caracteriza os mercados legais. É esse o caso dos crimes relativos à concorrência, que, por definição, não existem nos mercados ilícitos, onde não se pune

restrições de mercado. O Estado também não tributa bens ilícitos, não estabelece preços para o seu comércio, não assegura direitos sindicais e outros direitos trabalhistas aos empregados na “indústria” de bens ilícitos, nem protege os consumidores da propaganda enganosa acerca desses bens.

SUTHERLAND, porém, incluía entre os crimes do colarinho branco também os crimes típicos de mercados ilegais, desde que esses crimes estivessem subordinados ou instrumentalizados pelo exercício de ocupações lícitas, como no caso das companhias de automóveis que haveriam participado do comércio proibido de álcool.

Há também expropriações que são típicas dos crimes do colarinho branco, como aquelas que SUTHERLAND denomina manipulações financeiras. Como antes, porém, ele não hesita em considerar crime do colarinho branco também a “velha” criminalidade patrimonial, como no caso da corporação que subtraía água da companhia de abastecimento local. Em todo caso, percebe-se, o crime patrimonial está subordinado ao exercício de uma ocupação lícita desenvolvida pela empresa que, nesse caso, não é a revenda da coisa furtada, que vai diluída e disfarçada no produto que a corporação negocia no mercado.

2.3. A economia de causa de crimes a objeto da investigação criminológica

Uma vez que SUTHERLAND tenha inferiorizado a importância dos fatores criminógenos particulares e concretos, não é surpresa que segmente a criminalidade não mais segundo causas específicas, mas sim de acordo com um critério qualquer que não dependa dessas causas. A associação diferencial, por sua vez, é um processo ou mecanismo causal suficientemente abstrato para servir de causa de qualquer crime, como admite o autor (1947, pp. 3-4) e, por essa mesma razão, não ser causa específica de qualquer classe de crimes.

Em BONGER, por exemplo, que baseia sua teoria em fatores concretos, os crimes são subdivididos em econômicos, políticos, patológicos etc., segundo os diferentes motivos que preponderam imediatamente quando alguém decide cometer um crime (1905, p. 592 e ss.). Os crimes do colarinho branco, porém, não são definidos a partir de suas causas particulares. Até mesmo a explicação causal sugerida por SUTHERLAND e aplicável a eles – *i.e.*, a abundância de recursos como seu fator particular, ou um deles,

ao menos – não serve para defini-los. Afinal, crimes do colarinho branco não são todos aqueles que, entre suas causas, contenham a abundância de recursos, mas limitam-se aos que são cometidos no curso e em função de atividades profissionais – ademais “respeitáveis” ou lícitas, e excetuadas as ocupações manuais ou braçais, de baixo status social.

A definição do objeto “crime do colarinho branco” serve a SUTHERLAND, entretanto, para demonstrar empiricamente a frequência de crimes que pressupõem ocasiões e meios resultantes da abundância de recursos, contrastando com a criminalidade típica dos mais pobres. Dessa forma, cumpre seu objetivo teórico de rechaçar a centralidade da explicação econômica baseada na pobreza ou escassez de recursos e ilustrar a aplicação e a superioridade de sua teoria da associação diferencial – que assume o papel de causa.

Mais do que servir a sua agenda teórica, porém, a definição do objeto “crime do colarinho branco” serve a um propósito político de SUTHERLAND. Uma firme convicção perpassa todo o *White Collar Crime* no sentido de que reduzir essa espécie de criminalidade melhoraria as condições econômicas. Note-se como esse raciocínio faz o caminho contrário àquele que aparece nos autores que analisam as condições econômicas como causa de crimes. Neles, argumenta-se que melhorar a economia é que reduz crimes³¹. Por óbvio que se trata de contextos diferentes, mas o fato é que SUTHERLAND cuidadosamente prepara o contexto que viabiliza seu argumento.

Nesse sentido, apontava que o custo da criminalidade do colarinho branco seria várias vezes superior ao dos demais crimes somados. Exemplificava isso com alguns casos, entre eles os seguintes: (1) o de um único administrador de uma rede de supermercados – não identificado por SUTHERLAND – que teria desviado US\$ 800.000,00 em um ano, o que seria seis vezes mais do que o total dos prejuízos causados por 500 crimes patrimoniais sofridos por toda aquela rede de supermercados no mesmo período; (2) o caso dos seis principais “inimigos públicos” americanos que, em 1938, juntos cometeram crimes patrimoniais que somaram US\$ 130.000,00 de prejuízos, enquanto que Ivar Krueger – um financista sueco que enriqueceu fraudando investidores

³¹ SUTHERLAND, segundo GEIS & GOFF, provavelmente sustentaria que melhores condições econômicas deveriam ser um objetivo político em si, independentemente de reduzirem ou não a criminalidade (1983, p. xxxii).

no mercado financeiro americano, até sua quebra na crise de 1929 (Flesher & Flesher, 1986) – sozinho teria “roubado” US\$ 250.000.000,00, ou 2.000 vezes mais, como anota SUTHERLAND (1983, p. 9).

Vários indícios levavam o autor à conclusão de que os crimes do colarinho branco seriam muito mais frequentes do que aqueles que vinham à público. Um deles seria a reclamação comum aos acusados, nesses casos, de não entenderem porque são processados se simplesmente estavam fazendo o que todos os demais faziam (1983, p. 228). Outro seria o fato, constatado nos seus estudos sobre os crimes das corporações, de que essas seriam “criminosas habituais” ou “reincidentes” (1983, p. 23; 227). E ainda outro, enfim, seria a semelhança das corporações criminosas com os “ladrões profissionais” (“professional thefts”). Como estes, escolhem as vítimas mais frágeis (v.g. os consumidores, os leigos etc.), que provavelmente não irão processá-las; optam pelos crimes cujo cometimento é mais difícil de provar; e adotam a política de “consertar” (“fixing”) ou “abafar”, digamos, quando são descobertas, via acordos com as vítimas ou chantagem econômica de políticos que controlam agências de fiscalização, por exemplo (Sutherland E. H., 1983, pp. 236-239).

A despeito da gravidade dos prejuízos resultantes de crimes do colarinho branco, ele aponta que a “organização social” contra essa criminalidade é demasiadamente deficiente. E que, por outro lado, a “organização social” em favor dessa criminalidade é muito vigorosa, a começar por instituições e acordos, formais ou informais, que as corporações criam para assegurar a reprodução e expansão de práticas criminosas – a ponto de SUTHERLAND definir os “crimes do colarinho branco” como espécie de “crime organizado” (1983, pp. 227-239).

A “sociedade”, porém, não se “organiza” verdadeiramente contra essa criminalidade. Primeiro porque tem dificuldade de entender sua complexidade, típica dos negócios contemporâneos; e segundo porque não se preparou para lidar com os efeitos desta nova fase do capitalismo, que ele denomina “coletivismo privado”, uma combinação (conveniente) de regulamentação estatal da economia e concentração dos mercados em mãos de grandes corporações, o que, entre outras coisas, aumenta a influência dos interesses corporativos no governo e permite que as corporações

“planejem” a economia como se fossem órgãos de “planejamento central” nos países comunistas (1983, pp. 93-95; 255-256; 1947, pp. 73-75)³².

Em todo caso, não basta a organização social em favor de meras proibições legais. É preciso reivindicar que sejam cumpridas na prática. Contudo, a falta de pressão do público sobre o governo, pela inexistência uma “opinião pública consistente” nessa área, redundando na falta de uma “oposição clara” entre o governo e os delinquentes do colarinho branco. Em vez disso, a “guerra” que deveria existir entre esses dois lados é comprometida pela “confraternização” entre eles (1947, p. 74; 1983, pp. 256-257).

SUTHERLAND se encarrega, então, de construir essa “opinião pública” que julgava necessária. O seu *White Collar Crime* (1983) é um esforço devotado a isso. E a definição do objeto de investigação “crime do colarinho branco” é parte desse projeto.

É curioso que, apesar de SUTHERLAND conceber que os crimes do colarinho branco fossem, em parte, produto da racionalidade econômica que rege também práticas lícitas, ele parece pressupor que esses crimes, produtos não “patológicos” da economia, sejam sempre moralmente condenáveis e nefastos economicamente. Embora seja razoável conceber que “a” economia, ainda que pelo seu desenvolvimento “normal”, acabe conspirando contra si mesma, seria no mínimo de se suspeitar que, eventualmente, essas manifestações criminosas da racionalidade econômica possam vir a significar também um benefício econômico para a sociedade e, no que dependesse disso, um comportamento não censurável.

O desenvolvimento dessa linha de raciocínio, porém, só aparecerá em Gary Becker, que veremos à frente.

³² Interessante também a análise de SUTHERLAND sobre como o “coletivismo privado” resulta do capitalismo concorrencial, seja como solução encontrada para suas contradições internas, que impunham uma luta concorrencial incansável e sempre incerta aos competidores (1947, p. 75), seja como desdobramento necessário de práticas competitivas “normais”, a ponto de que, conforme o autor, se pode dizer que o capitalismo concorrencial continha “as sementes de sua decadência” (1983, p. 95). Nesse sentido, referindo-se a RIPLEY (1912, pp. 188-189), SUTHERLAND diz que, por exemplo, nenhuma prática provavelmente contribuiu mais para a formação de monopólios nos Estados Unidos do que os descontos concedidos pelas companhias de transporte ferroviário, obtidos por empresas com maior poder de barganha, em detrimento de seus competidores.

Capítulo 3 – O método econômico de estudo do crime

Nesta etapa, veremos uma concepção da relação entre crime e economia bastante distinta das anteriores. A economia, desta vez, é concebida não como um tipo de causa criminógena (v.g. a pobreza), ou como um tipo de objeto em meio a qual ocorrem crimes (v.g. os crimes do colarinho branco), mas sim como um método de estudo do crime; de qualquer crime, aliás.

Antes de passar a expor em que consiste precisamente esse método, referirei a sua origem no pensamento econômico, partindo das teorizações de Lionel ROBBINS sobre as diferentes concepções de economia. No Capítulo seguinte, retornarei às formulações desse autor, situando as diferentes concepções do estudo econômico do crime – *i.e.*, a economia como causa, objeto ou método – em relação às diferentes concepções do que seja a economia segundo os próprios economistas.

Aqui, tratarei do método econômico (de estudo do crime) segundo sua formulação original em Gary. S. BECKER.

Completado esse percurso de análise das diferentes concepções do estudo econômico do crime, no Capítulo 5, posteriormente, irei tratar dos “crimes econômicos” a que se refere a literatura jurídica. Será possível, então, avaliar qual daquelas concepções a definição jurídica de “crime econômico” pressupõe e, dessa forma, contribuir para elucidar a definição que a doutrina atribui a tais crimes e a função que atribui a criminalização das condutas que se encaixam nessa definição.

No último Capítulo deste trabalho, partindo de BECKER, vou analisar criticamente essa finalidade que a literatura jurídica atribui à criminalização das condutas definidas como “crimes econômicos”. Por conta da importância de BECKER para essa análise, já agora, em que o introduzirei no texto, vou dedicar um espaço maior ao autor e à análise de seu método econômico, que serve tanto à sua teoria sobre o crime – *i.e.*, sobre a decisão de cometer crimes –, que veremos agora, quanto à sua teoria sobre a forma ótima da política penal, que abordarei logo antes da análise no último Capítulo e que servirá de base a análise final.

3.1. As raízes epistemológicas do método econômico

As definições do objeto da Economia predominantes atualmente, descendendo de Lionel ROBBINS (1945), gravitam a ideia de administração de recursos escassos (Rizzieri, 2011, pp. 8, 10; Mankiw, 2006; Pinho, 2011, p. 37; Moss, 1976, p. x; Mueller, 2010, pp. 82, 129). É certo que ela não é unânime e que os autores a acolhem não raro com alguma variação crítica (Kisner, 1976, pp. 159-163; Scoon, 1943; Becker G. S., 1990 [1976]). Entretanto, o objetivo aqui não é avaliá-la em definitivo, contrapondo-a a seus críticos. Analiso a definição de ROBBINS apenas porque ela será útil para explicar a origem do método econômico de BECKER.

ROBBINS (1898†1984), professor na Universidade de Londres e autor do clássico de 1932 *An Essay on the Nature and Significances of Economic Science* (Robbins, 2012; Britannica, 2019), teorizou a transição de concepções de economia que ele denominou “classificatórias” para aquela que chamou “analítica”. BECKER, por sua vez, sustenta uma versão radical da concepção analítica de ROBBINS; se este entendia a economia como um aspecto da ação humana, qualquer que seja, aquele foi além e, quatro décadas depois, a definiu como um método, puramente, aplicável a análise de qualquer comportamento. ROBBINS, dessa forma, é uma espécie de “elo perdido”, encontrado na literatura econômica, que explica teoricamente a passagem de concepções tradicionais anteriores para esta que BECKER veio a sustentar.

O economista britânico, na referida obra, irá descartar definições que atribui a Alfred MARSHALL, Edwin CANNAN, Hebert DAVENPORT, William BEVERIDGE, Arthur PIGOU, Alfred AMON, Adolphe LANDRY e Joseph SHUMPETER: respectivamente, definições centradas na ideia de “bem-estar material” (as duas primeiras), nos “preços”, nas “necessidades materiais” e no “bem-estar” que pode ser medido monetariamente e nas trocas (as três últimas) (Robbins, 1945, pp. 1-2; 17; 21).

Nos países anglo-saxões, conforme o autor, predominava a ideia de que o objeto da Economia seria o estudo das causas do “bem-estar material”. ROBBINS especula que a força dessa concepção derivasse, em boa parte, da associação entre “economia” e “material” no senso comum (1945, p. 4). Pergunta-se, porém, se esta concepção descreveria fielmente as teorias e assuntos estudados pelos economistas. Seu objetivo não era oferecer uma definição “nova”, mas uma que descrevesse o que já se vinha fazendo;

uma definição tal como muros de uma cidade antiga, construídos depois de ela já haver se estabelecido (p. 2).

Referindo-se exemplificativamente à questão dos salários (1945, pp. 6-9), um tópico abordado por praticamente todos os economistas, ROBBINS aponta que estes são pagos a produtores de bens imateriais (serviços) tanto quanto a produtores de bens materiais. Alguns desses bens geram bem-estar material (v.g. coleta de lixo), mas outros nem remotamente (v.g. o espetáculo de uma orquestra); ambos, contudo, tem um preço e são tratados igualmente como mercadorias. Olhando agora onde os salários são gastos, um possível argumento em favor da definição pelo “bem-estar material” seria dizer que, ainda que pagos pela produção de bens imateriais, são empregados no consumo de bens materiais. Mas o fato é que salários são gastos tanto para adquirir pão como ingressos de teatro, por exemplo. E se os gastos com bens e fins imateriais fossem desconsiderados, o “circuito das trocas” se romperia e nenhuma análise econômica geral seria possível. ROBBINS conclui, então, que serviços são igualmente uma forma de “riqueza” e a Economia discute e deve discutir sua precificação como o faz em relação a qualquer bem tangível.

Edwin CANNAN, conforme ROBBINS (1945, pp. 10-11), partindo de um critério “materialista”, compreendia como “econômico” o que aumenta o “bem-estar material”, e “não econômico” o restante. ROBBINS ilustra o pensamento de CANNAN referindo-se a Robinson Crusóé: quando esse produz batatas na sua ilha deserta, CANNAN considera que a atividade tem um caráter econômico, mas quando fala com o papagaio não. ROBBINS questiona, então: e se Crusóé voltasse à cidade e passasse a viver de fazer espetáculos em que fala com seu papagaio? Mesmo CANNAN, nesse caso, deveria admitir que as conversas agora possuem um caráter econômico, independentemente de onde Crusóé venha a gastar o que ganha nos espetáculos, “se com batatas ou filosofia” (p. 10).

Se CANNAN estivesse certo, ademais, todo o problema econômico coletivo se resolveria com a dedicação da sociedade à produção de bens materiais. Mas ainda haveria o lazer, o descanso etc., e, considerando que o tempo é um recurso escasso, subsistiria um problema “econômico” a resolver, que seria decidir entre os dois tipos de atividade, a “econômica” e a “não econômica”. Por que esse problema ainda existiria, pergunta ROBBINS?

Como no exemplo de Crusoé, os indivíduos querem tanto o lazer quanto as batatas, mas não possuem a quantidade suficiente de qualquer desses bens. Devem escolher, portanto, se empregam seu tempo e recursos na produção de um ou outro, mas não em ambos simultaneamente. Como o desejo por eles não é igual, prefere-se um pouco mais de um em detrimento de um pouco do outro (Robbins, 1945, pp. 10-11). Isso significa uma escolha, enfim, que é “economizar” ou sacrificar recursos que se poderia empregar na produção de um bem em prol da produção de outro que se prefira mais.

Nesse sentido, o que constituiu o problema econômico é o fato de que os recursos disponíveis são escassos e podem ser empregados na produção de diferentes bens, de forma que, considerando as inumeráveis necessidades que constituem os fins do comportamento humano, tais bens serão suficientes para satisfazer apenas algumas delas, e em parte (1945, pp. 11-12). Daí a clássica definição dada por ROBBINS, segundo a qual “A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos” (1945, p. 16).

Esse problema econômico está presente sempre que ação humana envolve o emprego de recursos escassos com usos alternativos (p. 13), e essa é “quase uma condição ubíqua do comportamento humano” (p. 15); afinal, recursos não escassos, aqueles cujo uso por alguém não compromete a quantidade disponível para ser usada por outros – como o ar que respiramos –, são raros (pp. 14-15).

Nesses termos, começa a se delinear um novo modo de compreender o que é a economia, o objeto da Ciência Econômica. Esse novo modo desloca a definição de um tipo de comportamento – no exemplo acima, o que causa bem-estar material – para uma condição ou “aspecto” do comportamento humano – provavelmente, de qualquer comportamento, como sugere ROBBINS –. Ele a chama de concepção “analítica”, contraposta às concepções “classificadoras”, emprestando a terminologia de Irving FISHER, que em lugar de uma definição classificatória de “capital”, presente em Adam SMITH, ofereceu uma definição “analítica”, quer dizer, o capital não mais como um tipo de “riqueza”, mas como um aspecto da “riqueza” (Robbins, 1945, p. 17).

Nessa linha, não será também um fim específico da ação, ou um tipo de comportamento definido pelo seu fim, que importará para definir o que é ou não econômico, como agora veremos.

Segundo o autor, a Economia deve manter-se “neutra” com relação aos fins da ação. Qualquer fim que as pessoas escolham e cuja satisfação dependa de recursos escassos com usos alternativos, é de interesse do economista (Robbins, 1945, pp. 24-25). À diferença da Ética ou da Estética, que prescrevem o “correto” e o “belo”, a Economia não lida com os fins diretamente, mas os toma como “dados”, quaisquer que sejam e com a importância que os indivíduos lhes confirmam (Robbins, 1945, pp. 30-31).

Não cabe à Economia, nesse sentido, condicionar o que faz parte ou não de seu objeto com base em considerações morais sobre os fins que orientam a ação das pessoas, o que ROBBINS exemplifica com a análise econômica da prostituição. O economista pode até considerá-la imoral, mas jamais negar seu caráter econômico: o “amor contratado” tem um aspecto econômico, suscetível às generalizações da Economia, que poderá explicar, por exemplo, as flutuações no preço dos serviços da prostituta (Robbins, 1945, p. 28). CANNAN, ao contrário, excluía do objeto da Economia o estudo da guerra, por exemplo, porque essa não contribuiria para aumentar o bem-estar material; não seria “econômica”. Embora concorde com a ideia de não emprestar o conhecimento a fins imorais, isso não levava ROBBINS a considerar a guerra uma atividade “não econômica”, sobre a qual a Ciência Econômica não pudesse contribuir (Robbins, 1945, pp. 7, 16).

Na mesma linha, conforme o autor, tanto faz se os indivíduos são hedonistas ou ascetas. Se uma comunidade inteira se converte do hedonismo ao ascetismo, por exemplo, mudam apenas os fatos a analisar: o tempo disponível será rearranjado de modo a permitir mais orações e menos orgias; a renda das vinícolas provavelmente cairá e aumentará a dos fornecedores de materiais para construção de igrejas (Robbins, 1945, pp. 25-26).

Ele contesta a ideia de que haveria um fim que, em si mesmo, seja econômico, como durante muito tempo acreditou-se entre os economistas e que seria o caso, por exemplo, da busca de dinheiro, do lucro ou da riqueza, ou do egoísmo, da ganância, da avareza etc. Compreende que seja justamente esse o equívoco que sustenta o “fantasma universal” (1945, p. 97) e a “mitologia” do *homo economicus*, que dá vazão “a sempre reiterada acusação de que a Economia pressupõe um mundo de homens econômicos preocupados somente com ganhar dinheiro e seu interesse próprio”, como se fossem “máquinas de prazer” (p. 94).

Quanto ao egoísmo, especificamente, ROBBINS aponta que é irrelevante para a Economia se os indivíduos são puros egoístas ou altruístas, ou uma mistura das duas coisas, e tampouco interessa saber por que são uma coisa ou outra, pois esse não é um problema econômico (1945, pp. 94-95).

A ideia de que o egoísmo seja o impulso fundamental dos agentes econômicos, diz o autor, é fruto de uma observação particular das relações de troca, segundo a qual, nesse âmbito, as pessoas se confrontariam de forma egoísta. Mas não é sempre e necessariamente assim, contesta ROBBINS. As pessoas eventualmente preferem pagar mais caro por um produto porque estão interessadas no sucesso do vendedor, exemplifica; as decisões de onde trabalhar ou para quem alugar uma propriedade, da mesma forma, não são orientadas apenas pelo retorno monetário, mas também pelo prestígio, o descrédito, a virtude, a vergonha etc., que estejam envolvidos (1945, p. 95). No máximo, o que se pode dizer é que, nas trocas, a parte oposta é vista apenas como um meio de a outra parte obter um determinado fim, mas não que tal fim seja necessariamente egoísta (p. 97).

A busca de dinheiro, tampouco, pode ser considerada um fim em si mesmo “econômico”. O dinheiro, segundo entende, é apenas um meio para se obter o que realmente se quer, o meio do caminho entre uma venda e uma compra e que, em si mesmo, não tem nenhum uso particular e não é desejado por si mesmo, mas pelo que se pode comprar com ele, agora ou depois; adquiri-lo é apenas uma forma de garantir todos os fins da ação humana que podem ser satisfeitos pela compra de mercadorias (Robbins, 1945, pp. 29-30).

Já vimos, assim, que a definição de economia que o autor oferece a desvincula do bem-estar material e de um fim específico que em si mesmo seria econômico. Vai se distanciando, assim, da definição de economia como um tipo de comportamento – v.g. que gera bem-estar material ou é orientado pelo egoísmo, pela busca do dinheiro, riqueza etc. –. Na mesma linha, irá rejeitar as concepções que restringiam a economia às trocas e ao mercado.

Embora reconheça que o economista se interesse especialmente pelo mercado e que é nesse campo que a Economia encontra sua maior utilidade, ROBBINS compreende como equivocada a limitação do seu objeto a isso. Comportamentos exteriores ao

mercado estão sujeitos às mesmas limitações de recursos em vista de necessidades ilimitadas e, nesses termos, as generalizações econômicas podem explicá-los igualmente. Por exemplo, o modo pelo qual as pessoas valoram os bens, a partir de sua raridade e capacidade de satisfazer uma necessidade, é o mesmo no mercado ou numa economia de um homem isolado, ou ainda numa sociedade comunista totalmente planejada. Se o mercado existe, a valoração dos bens é mais facilmente percebida e comparável, uma vez que eles são precificados. Assim, o mercado é um fato subsidiário do fato principal que é a escassez; é apenas um modo particular de lidar com ela (Robbins, 1945, pp. 16-21).

A rejeição da redução da economia às trocas, serve desde já, conforme ROBBINS, para refutar também as noções que se baseiam nos conceitos de suscetibilidade à precificação ou à estimativa em dinheiro (1945, pp. 21, nota do autor), que, em verdade, são subsidiárias da anterior, na medida em que a precificação e a moeda existem justamente para facilitar as trocas que, de outra forma, funcionariam por escambo.

Rejeitando também tais definições baseadas nas trocas, no mercado, no dinheiro ou nos preços, ROBBINS elabora sua definição analítica de economia, em contraposição a definições “classificatórias”, que buscariam definir a economia como um conjunto, parcela ou classe separada de comportamentos humanos, e não como um aspecto da ação humana – e, possivelmente, de qualquer ação –, que é o de alocar recursos escassos (que possuem usos alternativos) numa pluralidade de fins ilimitados.

Em verdade, algumas dessas concepções classificatórias sequer enfocam exatamente no aspecto comportamental ou social do que concebem como economia, tendendo a reduzi-la a um fato objetivo (v.g. riqueza) ou subjetivo (v.g. egoísmo). Conforme analisa Israel KIZNER, muitas definições de economia eram apresentadas como tipos de objetos, tipos de homens, tipos de satisfação, tipos de bem-estar, e não em termos de ação humana (1976, p. 6). Mas ROBBINS as recoloca nesses termos, de tipos de ação, orientadas ora pela busca da riqueza, ora pelo egoísmo, por exemplo, para em seguida rejeitá-las.

Segundo ROBBINS, desde que a ação humana apresente um aspecto econômico, a ela pode ser aplicado o conjunto de generalizações econômicas. Desse modo, não se diz que “a produção de batatas é uma atividade econômica e que a produção de filosofia não é”. Desde que a conduta que se tem vista envolva a escolha de um fim em detrimento de

outros, pelo uso de recursos escassos e empregáveis em diferentes usos, ela tem um aspecto econômico. Daí o autor ter afirmado que, “Não há limitações para o objeto da Ciência Econômica a não ser essa” (Robbins, 1945, p. 17).

Aquilo que BECKER irá chamar de “método econômico”, como já se pode intuir, é um desdobramento radical do que ROBBINS desenvolveu. De aspecto de “possivelmente” qualquer ação humana, “econômico” será o método de analisar “certamente” qualquer ação humana. Nesses termos, a economia transita do objeto observado, já potencialmente muito amplo, para as lentes do observador.

BECKER aponta que, a seu ver, ROBBINS definiu corretamente a natureza e o objeto da economia, mas injustamente acabou restringindo sua análise aos mercados, assim como a maioria dos autores que adotam definições de economia em termos de “alocação de recursos escassos para satisfazer fins alternativos” (1990 [1976], pp. 4-5, nota 5). Concordando que esta definição é superior aquelas que, *a priori*, restringem a aplicação da Ciência Econômica aos mercados, às coisas materiais ou às necessidades materiais, BECKER a rejeita porque, ao fim e ao cabo, ela não distingue especificamente a abordagem ou o método econômico daquele praticado por outras disciplinas como a sociologia e a psicologia.

É deste método que tratarei agora, conforme formulado por BECKER.

3.2. Gary Becker: “o homem que pôs um preço em tudo” e seu método

Um texto publicado no *Financial Times* em maio de 2014, quando BECKER faleceu, o apresentava como “o homem que pôs um preço em tudo” (Harford, 2014). Como se vê em uma coletânea de 13 artigos do autor, publicada originalmente em 1976 com o título *An Economic Approach To Human Behavior* (1990 [1976]), ele de fato introduziu “preços” na análise de numerosos temas tradicionalmente estranhos à Economia, como o controle social do crime, a discriminação racial no mercado no trabalho ou a escolha de ter filhos e casar. Por estudos como esses, BECKER receberia o Prêmio de Economia em Memória de Alfred Nobel, de 1992 (Nobel Media AB 2019).

Um breve olhar sobre a biografia do autor contribui para compreendermos como ele se tornou “o homem que pôs um preço em tudo”.

BECKER nasceu em 1930, no interior da Pensilvânia (EUA), e foi criado no Brooklyn, em Nova York. Ele diria, mais tarde, que foi a influência de seu pai, um pequeno comerciante, que desde muito jovem despertou nele o interesse pela discussão de temas sociais e econômicos, especialmente pelos índices e números da economia. Movido por esse interesse, entrou no curso de Matemática, na Universidade de Princeton, e logo depois de concluí-lo iniciou uma segunda graduação, desta vez em Economia, na Universidade de Chicago, onde começou a trabalhar como professor, em 1954. Em 1957, mudou-se para Nova York, lecionando na Universidade Columbia até 1970, quando retornou à Universidade de Chicago, novamente como professor, onde permaneceu até sua morte. Primeiro, BECKER vinculou-se ao Departamento de Economia, e, partir de 1983, também ao Departamento de Sociologia, consolidando-se como uma das mais proeminentes referências no seu campo de estudos e entre os economistas daquela Universidade (Landes W. , 2002; Becker G. S., 1992; Harford, 2014b; Harms, 2014; Hershey Jr., 2014).

Uma revelação curiosa feita pelo próprio BECKER diz muito sobre sua produção teórica. Ele conta que, quando estava para concluir seu curso em Matemática, que não lidava com “questões sociais importantes”, pensou seriamente em transferir-se para o curso de Sociologia, mas achou “o conteúdo muito difícil” e, no final, acabou no curso de Economia, em Chicago (Becker G. S., 1992).

A seu modo, então, BECKER voltaria aos temas sociológicos. Seu primeiro trabalho publicado – sua tese de doutorado concluída em 1955 – abordou a discriminação racial no mercado de trabalho, encarando o “gosto por discriminação” (“taste for discrimination”) como um custo que reduz a renda dos que discriminam e dos que são discriminados, pois restringe a oferta de trabalho: os primeiros porque precisam pagar mais ao trabalhador que não discriminam (v.g. um patrão branco para um empregado branco) e os segundos (v.g. negros) porque terão de competir por menos postos de trabalho (Fleury, 2012; Becker G. S., 1971 [1957]). Na ocasião, uma de suas conclusões, que confirmou com estatísticas, foi a de que o nível de discriminação era proporcional à concentração de mercado em determinada indústria. Afinal, quanto mais monopolista fosse o setor, mais poderia se dar ao luxo de escolher seus trabalhadores com base em critérios arbitrários (Fleury, 2012, pp. 18-19).

Um obituário publicado no *New York Times* o definiu como um “um acadêmico original, prolífico e às vezes provocativo”, alinhado politicamente ao conservadorismo de livre-mercado e engajado em divulgar suas próprias opiniões, como a defesa da legalização das drogas e da taxa pesada do comércio de armas (Harms, 2014).

A defesa do livre-mercado, como se vê, não o impedia de propor restrições sobre o comércio de armas, o que torna singular entre economistas conhecidos por seu liberalismo. Nesse sentido, a meu ver, o principal compromisso de BECKER era acima de tudo com o seu método econômico e seus pressupostos, que ele levava às últimas consequências. Quanto à sua visão “econômica, política e social”, aliás, ele próprio não se considerava um conservador, nem um liberal radical, mas sim um “liberal europeu no antigo sentido do termo”, de liberalismo clássico (Becker G. S., 1993).

Na introdução daquela coletânea de artigos, cuja primeira edição é de 1976, o autor sintetizou o método que empregava como um conjunto de três pressupostos: (1) o “comportamento maximizador” (“maximizing behavior”); (2) a tendência ao equilíbrio de mercado; (3) e a estabilidade das “preferências” (1990 [1976], pp. 2-5).

Conforme expõe nesse texto, o “comportamento maximizador” corresponde à assunção de que os indivíduos agem de forma a maximizar a utilidade que extraem do consumo de bens, materiais ou imateriais (serviços) (Becker G. S., 1990 [1968], pp. 5-6), também entendida como “bem-estar” (“welfare”) (1992).

A maximização da utilidade traduz-se em ganhos monetários ou não, assim como os custos de obtê-la. Monetários são aqueles relacionados a bens incluídos na “esfera mercantil” (“market sector”) e não monetários os demais (Becker G. S., 1990 [1976], p. 6). Por exemplo. Segundo BECKER, de forma geral, filhos são para seus pais “bens de consumo” que propiciam ganhos não monetários, a satisfação psíquica de tê-los; mas para alguns pais são também “bens de produção” que proporcionam ganhos monetários (1990, p. 172) – como quando, no ambiente rural, os filhos auxiliam seus pais desde cedo na lavoura.

Os custos igualmente correspondem a preços monetários ou não monetários (1990 [1976], p. 7). O custo de alguém cujo único recurso escasso é o tempo, por exemplo, será um preço medido em termos de tempo (1990 [1976], p. 6). O custo pode corresponder

total ou parcialmente a um preço invisível, um “preço-sombra” (“shadow price”). O preço de ir ao teatro, por exemplo, é o preço monetário do ingresso e o “preço-sombra” do tempo que a pessoa dispende assistindo o espetáculo (Becker G. S., 1990, p. 90).

Do ponto de vista da maximização da utilidade, não importa se os indivíduos são egoístas ou altruístas. O pressuposto é o de que “os indivíduos maximizam o seu bem-estar ‘tal como o concebem’, sejam eles egoístas, altruístas, leais, maldosos ou masoquistas” (Becker G. S., 1992)³³. Egoísmo e altruísmo são estratégias diferentes de se chegar ao mesmo lugar, que é maximizar o próprio bem-estar, seja o altruísmo sincero ou dissimulado. BECKER entende que, se as pessoas em geral são mais egoístas no mercado e mais altruístas na família, isso é assim porque o altruísmo tende a ser mais eficiente que o egoísmo nesse âmbito social (Becker G. S., 1981).

O pressuposto do equilíbrio de mercado corresponde à proposta de aplicar ao “setor não mercantil” (“nonmarket sector”) os mesmos mecanismos que governam o “setor mercantil”. BECKER compreende que os mecanismos fundamentais do mercado regem, com distintos graus de eficiência, a ação dos indivíduos em qualquer âmbito da vida. Isso significa, basicamente, aplicar a lei da oferta e da procura a relações sociais tradicionalmente estranhas à análise econômica. Nesse sentido, conforme o autor, o método econômico prevê que um aumento no custo de ter filhos, monetário ou não, diminui a demanda por crianças; um mercado competitivo satisfaz a preferência dos consumidores melhor que um mercado monopolista, seja esse mercado de alumínio ou de ideias; a taxa de um bem reduz sua oferta, seja a “taxa” um tributo sobre a gasolina ou uma pena sobre o crime (Becker G. S., 1990 [1976], p. 5).

A estabilidade das preferências, enfim, é a suposição de que estas não mudam “substancialmente” no tempo e entre pessoas diferentes (Becker G. S., 1990 [1968], p. 7). As “preferências”, no caso, não dizem respeito a coisas e serviços, mas a bens subjacentes a esses, *i.e.*, os “aspectos fundamentais da vida, como saúde, prestígio, prazer sensual, benevolência, inveja” etc. (1990 [1976], p. 5). São as preferências que explicam por que os indivíduos extraem utilidade de determinados bens. O método econômico as toma como “dadas” e “substancialmente” estáveis (1990 [1976], p. 14).

³³ “... individuals maximize welfare as they conceive it, whether they be selfish, altruistic, loyal, spiteful, or masochistic” (Becker G. S., 1992).

Dos três pressupostos do método, este é o que BECKER mais revisou e sobre o qual nunca concluiu definitivamente (Heckman, 2015; Murphy, 2015; Pollak, 2003). Kevin MURPHY expõe que o mais próximo que ele chegou de uma solução teria sido concluir que as preferências “são estáveis, mas não estáticas”; que, sobre uma base estável, variam entre indivíduos e no tempo, e cabe a teoria incorporar essa variação (2015). Supor que sejam completamente instáveis, porém, autorizaria explicações *ad hoc* – pelo recurso à mudança nas preferências – e inviabilizaria predições (“predictions”) teóricas; e isto BECKER não admitia (1990 [1976], p. 14; Heckman, 2015).

A racionalidade inerente à maximização de utilidade não requer, segundo o autor, que o indivíduo disponha de informações completas e perfeitas, ou que seja um exímio calculista (1990 [1976], pp. 6-7, 46; 2002) (Becker G. S., 2002). BECKER admite, nesse sentido, que os indivíduos possuem diferentes habilidades de calcular seus custos e benefícios. Quando analisa a questão criminal, por exemplo, pontua que a “oferta de ofensas” é mais “inelástica” (responde menos) em relação a aumentos na *pena esperada* quando são cometidas por adolescentes do que por ofensores adultos e “calculistas” (Becker G. S., 1990 [1968], pp. 59-60;75).

O método pressupõe que os indivíduos se comportam de forma a perseguir coerentemente a maximização de utilidade, mas isso a partir das informações disponíveis e sem desconsiderar suas limitações pessoais. Além disso, não supõe que os indivíduos o façam necessariamente de forma consciente. Neste ponto, conforme o autor, o método assemelha-se à psicologia e à sociologia, que admitem, respectivamente, comportamentos movidos por impulsos inconscientes ou funções sociais latentes.

O que se pressupõe, por tudo isso, é necessariamente uma “racionalidade limitada” (“bounded rationality”) (1990 [1976], pp. 6-8, 46; 2002) (Becker G. S., 2002)³⁴.

É essa racionalidade imperfeita, suposta no comportamento de qualquer pessoa, que BECKER também vislumbrou, por exemplo, no comportamento compulsivo de

³⁴ “To be sure, I agree that economists have often taken a very naive, materialistic, narrow approach to preferences and behaviors. I also agree that we do not want to assume that everybody is a perfect calculator. There are limits to our ability to calculate. Broader preferences and “bounded” rationality are part of a more relevant model of rational behavior”. “Sem dúvida, eu concordo que os economistas frequentemente tomam a questão das preferências e dos comportamentos em um sentido muito ingênuo, materialista e estreito. Eu também concordo que não devemos pressupor que todo mundo seja um perfeito calculista. Existem limites a nossa habilidade de calcular. Preferências mais amplas e racionalidade ‘limitada’ são elementos de um modelo mais relevante de comportamento racional” (Becker G. S., 2002). Tradução minha.

adictos (v.g. alcoólatras, fumantes, viciados em heroína, fanáticos religiosos, viciados em trabalho etc.), tradicionalmente encarados como irracionais, doentios ou “míopes”. Nesses casos, existe uma diferença provocada pelas características da utilidade extraída do bem que produz o vício: se normalmente a utilidade marginal de um bem diminui com o aumento da quantidade consumida (v.g. um segundo copo de água tem menos utilidade do que um primeiro copo), no caso dos bens que geram adição ocorre o contrário: quanto maior o consumo passado, maior o consumo presente (“reforço”); quanto maior o consumo presente, maior o consumo futuro (“tolerância”). Por essa e outras razões, não é menos “racional” insistir no vício (Becker & Murphy, 1988, pp. 681-682).

O “coração do argumento” de BECKER, segundo ele mesmo, é rejeitar a “compartimentalização” do comportamento humano (Becker G. S., 1990 [1976], p. 14). Não há uma esfera da vida, nesse sentido, em que as pessoas são egoístas, maximizadoras, calculistas, perfeitamente informadas e orientadas por preferências completamente estáveis, em contraposição a outra esfera da vida onde nada disso existiria. O método econômico não supõe condições irrealistas sequer para o “setor mercantil” (“market sector”), assim como não se restringe a ele.

A “desantropologização” do criminoso que FOUCAULT (2008a, p. 353) atribui a BECKER é fruto desse argumento central. Assim, não é visto como essencialmente diferente dos “não criminosos” ou “menos humano”.

É o que veremos a seguir, então, no que diz respeito às formulações de BECKER peculiares à questão criminal.

3.3. O modelo da economia do crime

Ao longo deste trabalho, apresento uma síntese da chamada “economia do crime e da pena”, segundo o seu “modelo” original, elaborado por Gary S. BECKER em *Crime and Punishment: An Economic Approach*, de 1968. Neste tópico, em particular, irei focar na “economia do crime” e, no Capítulo 7, tratarei especificamente da “economia da pena”.

Um “modelo”, conforme discuto melhor no Capítulo 7, é a representação simplificada da realidade, na teoria, com vistas a iluminar e oferecer soluções a um problema concreto específico (Rizzieri, 2011, p. 4; Mankiw, 2006, pp. 22-23). Em Economia, é comum que os modelos sejam expressos em equações e diagramas que, nada

obstante, são apenas o conteúdo teórico-econômico traduzido matematicamente para garantir coerência interna à teoria (Pareto, 1996, pp. 56-57; 208; [Becker] Herfeld, 2012), conteúdo esse que também pode ser expresso verbalmente, como aqui tratarei dos modelos de BECKER para o crime e a pena.

O autor é amplamente considerado como quem inaugurou, entre os economistas, o estudo econômico contemporâneo, ou “neoclássico”, do *law enforcement* e do crime; reconhece-se que, antes dele, BECCARIA e BENTHAM foram seus precursores “clássicos”, como o próprio BECKER admite no referido texto de 68 (Garoupa, 1997, pp. 267-268; Landes W. M., 1983, pp. 262-263; Hylton K. , 2017, pp. 5-6) (Posner, 1980, p. 410).

Em *Crime and Punishment*, BECKER lançou as bases do estudo que hoje a Economia faz do crime e da pena, esta última também chamada economia do “*public law enforcement*”, com o sentido que a este termo atribuem POLINSKY & SHAVELL, *i.e.*, a política pública que visa assegurar o cumprimento das leis, descobrindo e condenando quem as tenha violado (2000, p. 1), o que vou tratar eventualmente pelo termo “política penal”. É a análise que o autor faz da política penal que, sobretudo, importa para análise que farei ao final – acerca da função do Direito Penal Econômico (DPE) –. A “economia do crime”, por sua vez, importa como base da análise intermediária, que farei na PARTE 2 deste trabalho, a seguir, caracterizando o DPE.

No referido texto, BECKER elabora uma teoria básica do crime, quer dizer, da decisão de cometer um crime. É essa a questão específica que o modelo da economia do crime procura responder. Vale registrar que, residualmente, elaborou também uma teoria do “*law enforcement*” privado, esse compreendendo os dispêndios dos particulares para tentar reduzir a “perda esperada” resultante de crimes³⁵. Em outra oportunidade, ainda, BECKER também analisa a política criminal *stricto sensu* – relativa à criminalização de comportamentos na legislação, digo –, elaborando parâmetros para escolher, conforme um critério de eficiência econômica, quando é melhor criminalizar a produção de um bem

³⁵ Perda que consiste, por exemplo, em gastos com alarmes, cadeados, vigias, auditorias, seguros, estacionamentos privados de automóveis, ou ainda gastos para evitar determinados bairros, para tomar um táxi em vez de caminhar ou usar o transporte público etc.

ou, em vez disso, legalizá-la e taxá-la, se o objetivo é reduzir seu consumo – como no caso das drogas (Becker, Murphy, & Grossman, 2006).

O autor, segundo ele mesmo, não estaria propondo nenhuma novidade em *Crime and Punishment*. Ele entende que a economia, na forma do “raciocínio econômico” e do utilitarismo, desempenhou um papel fundamental na própria concepção do Direito Penal moderno, quando BECCARIA e BENTHAM, dois importantes autores “clássicos” da criminologia e da política criminal moderna, explicitamente aplicaram o cálculo econômico em suas obras (1990 [1968], p. 79). *Crime and Punishment*, portanto, resgataria essa tradição. O título mesmo enfatiza isso; rememorando o título da edição em inglês da obra de BECCARIA: *An Essay on Crimes and Punishments* (1819).

Em princípio, trata-se de um modelo formulado para explicar os crimes definidos legalmente, quaisquer que sejam, dos mais graves aos mais banais. Mas BECKER sugere estender sua aplicação para violações administrativas e até mesmo infralegais³⁶. O próprio termo “crime”, diz BECKER, ele o emprega apenas para evitar inovações terminológicas (1990 [1968], p. 40). Na maioria das vezes, entretanto, acaba usando em lugar de “crime” termos como “violação” e “ofensa”, esta principalmente.

Da mesma forma, o autor não restringe o que entende por “crime”, “violação” ou “ofensa” pelo tipo específico de pena que lhe seja aplicada: morte, suplícios, multa, prisão, suspensão temporária de direitos – v.g. licença para dirigir –, banimento, “probation”, “parole” etc. (1990 [1968], p. 49)³⁷.

³⁶ BECKER menciona as infrações às leis contra a discriminação no trabalho (“fair-employment law”), referindo-se à pesquisa de Willian LANDES (1968). São infrações cuja fiscalização competia a uma agência administrativa que, quando as constatava, requeria judicialmente que fosse determinado aos empregadores reverter ou interromper a discriminação praticada. Só em último caso, apenas, eram empregadas multas e até prisão por desobediência (1990 [1968], p. 41). BECKER também diz que seu modelo pode ser aplicado para estudar “violações” e punições a acordos informais, celebrados no interior de máfias e cartéis (1990 [1968], pp. 75-77).

³⁷ No Brasil, a “probation” é a suspensão condicional da pena: após sua condenação, a pessoa aceita cumprir determinadas condições, como ficar em casa nos fins de semana, prestar serviços comunitários etc., em troca de não ser presa, nos termos do artigo 77 do Código Penal. A “parole”, por sua vez, é o livramento condicional. Depois de certo tempo de cumprimento da pena de prisão, a pessoa aceita cumprir determinadas condições, semelhantes às da suspensão condicional da pena, em troca de concluir o cumprimento da pena fora da prisão, de acordo com o artigo 83 do Código Penal.

Nesses termos, em síntese, o que entende como “ofensa” é simplesmente a conduta punida, a conduta sancionada com pena, conforme FOUCAULT já havia assinalado (2008a, pp. 344-345).

Para um objeto tão amplo, talvez essa não uma definição satisfatória³⁸. Neste momento, porém, isso não importa porque restringirei a análise às ofensas criminais, conforme definidas legalmente. Em todo caso, note-se como tal definição comprova que o autor não atribui ao crime qualquer característica ética particular que o distinga substancialmente de ofensas não criminais ou até mesmo infralegais, o que espelha o fato de não conceber no criminoso qualquer traço antropológico, moral, psicológico, sociológico etc. que o distinga das demais pessoas – “espelhamento” que FOUCAULT já indicava (2008a, p. 346).

O modelo de BECKER é a ideia, enfim, de que as pessoas se tornam criminosas “não porque suas motivações básicas diferem, mas porque seus custos e benefícios são diferentes”, de forma que o indivíduo comete um crime se a utilidade esperada de o fazê-lo – *i.e.*, o benefício menos o custo esperados – excede aquela que poderia obter com o emprego de seus recursos em outras atividades (1990 [1968], p. 46).

Os criminosos ou ofensores³⁹, como quaisquer outras pessoas, empregam seus recursos escassos (seu tempo, dinheiro, patrimônio etc.) na produção daquilo que esperam proporcionar-lhes o maior retorno ou “utilidade”. O cálculo de maximização da “utilidade”, nessa medida, determina para diferentes pessoas o emprego dos recursos escassos em diferentes atividades e, eventualmente, em atividades criminosas. O crime é tratado, então, como se fosse mais um (embora importante) ramo das atividades

³⁸ Creio que até seja possível extrair do autor uma definição de crime menos formal e ainda puramente descritiva – *i.e.* não normativa –, porém menos genérica. Aliás, como já mencionado, BECKER não discute em *Crime and Punishment* um conceito normativo de crime, quer dizer, o que deveria ser crime ou não, do ponto de vista do método econômico. Na possível definição puramente descritiva, a meu ver, constariam ao menos os seguintes elementos: (i) a ideia de que os crimes são como quaisquer outras atividades que geram externalidades negativas, porque infligem danos não consentidos às vítimas diretas ou a terceiros (1990 [1968], p. 55); (ii) o fato de que raramente há um consenso acerca dos danos e benefícios que resultam de uma atividade qualquer, como nos casos do jogo, da prostituição e do aborto, que o autor menciona (p. 79); (iii) e o fato de que o dano não é dado por um critério objetivo, o que BECKER ironicamente exemplifica com a “desutilidade” que um clérigo sofre por outras pessoas praticarem jogos de azar, ou a “atitude social” que valora negativamente as “transferências forçadas de riqueza” (p. 44), que leva a sociedade a punir crimes como o furto, em princípio uma mera transferência de riqueza que não diminui o bem-estar social global (pp. 41, nota 3).

³⁹ Termo que BECKER emprega mais frequentemente em lugar de “criminosos”.

econômicas ou indústrias tradicionalmente analisadas pelos economistas (Becker G. S., 1990 [1968], p. 40).

Nessa perspectiva, conforme FOUCAULT, em lugar do *homo criminalis*, da figura antropológica do criminoso, coloca-se o *homo economicus*, o indivíduo tomado a partir da “grade de inteligibilidade” econômica, conforme a qual “o criminoso não é nada mais que absolutamente qualquer um” (2008a, pp. 345-346).

Não é em vão que BECKER emprega o termo “utilidade esperada” (“expected utility”). É que o benefício proporcionado pelo crime é particularmente incerto: se o ofensor é descoberto e condenado, ele tem um custo a pagar, que corresponde à “pena esperada” (1990 [1968], p. 177).

A utilidade esperada é composta pela “renda” monetária e psíquica proporcionada pelo crime (1990 [1968], pp. 47, nota 16). Embora BECKER não o tenha especificado (Schmidt & Witte, 1984, p. 176), interpreta-se que esta renda psíquica deva ser lida como o equivalente monetário da renda psíquica (Eide, Rubin, & Shepherd, 2006, p. 208; Block & Heineke, 1975, p. 319), assim como a ela se refere EHRLICH, *i.e.*, “a riqueza real equivalente aos retornos não-pecuniários” (1973, p. 525)⁴⁰ e com o sentido de equivalência que aparece em SJOQUIST: “o ganho psíquico é medido pela quantidade de dinheiro que o indivíduo estaria disposto a pagar para obtê-lo (1973, p. 439)⁴¹.

Apontando que os ganhos psíquicos nunca poderão ser diretamente medidos, BECKER não descarta que eventualmente possam ser mensurados indiretamente (1993, pp. 212-213). No seu estudo sobre a discriminação no mercado de trabalho, por exemplo, ele estima o “ganho psíquico” equivalente ao “gosto” discriminatório conforme os custos que implica elevando os salários pagos aos brancos depois de os negros serem excluídos da oferta de mão de obra (1971 [1957]). A impossibilidade de medir sequer indiretamente

⁴⁰ “... the real wealth equivalent of nonpecuniary returns” (1973, p. 525). Tradução minha.

⁴¹ “The psychic gain is measured by that quantity of money which the individual is willing to pay to obtain the psychic gain” (1973, p. 439).

esses ganhos leva-o, no máximo, a lamentar essa dificuldade, mas não a excluir os ganhos psíquicos do modelo⁴².

Quanto aos custos de cometer um crime, BECKER os distingue basicamente em dois tipos: os que correspondem à *pena esperada* e os demais. Essa segregação atende ao interesse de, em *Crime and Punishment*, analisar especialmente os custos impostos ao ofensor pela política penal, que se resumem à *pena esperada* (“expected punishment”): a combinação entre uma pena, de determinada modalidade e extensão (v.g. 6 meses de prisão, \$100.000 de multa, perda da licença para exercer uma profissão, 1 ano de proibição de dirigir etc.), com uma certa probabilidade de ser imposta ao ofensor (v.g. 1 em 4 ou 25%, 1 em 10 ou 10% etc.). É por conta desse foco analítico que BECKER dirá que a utilidade esperada com o cometimento de um crime é a “renda, monetária mais psíquica, proporcionada pelo crime”, menos o “valor monetário equivalente à punição” (1990 [1968], p. 47; nota 16). Quando o autor coloca a questão nesses termos, percebe-se, todos custos diferentes da *pena esperada* não são destacados em separado, porém apenas implicitamente assumidos, na medida em que reduzem o benefício que o ofensor espera obter com o crime.

Quanto a esses outros custos do crime diferentes da *pena esperada* – que analisarei no Capítulo 7 –, eles incluem tantos os custos dos insumos da atividade criminosa (v.g. tempo, armas e outros instrumentos etc.) quanto o retorno de que o ofensor abre mão quando decide cometer um crime, quer dizer, a renda que poderia obter se empregasse aqueles insumos em outra atividade. BECKER os exemplifica com a renda disponível em atividades lícitas. Nesse sentido, a possível renda “lícita” integra o “custo de oportunidade”⁴³ do ofensor. Quanto menor ela for, mais incentivos possui para obter renda em atividades ilícitas, e vice-versa (1990 [1968], p. 47).

Segundo o autor, assumir a “racionalidade” do ofensor não é incompatível com admitir que, algumas pessoas, movidas por considerações morais ou éticas, não cometem

⁴² No trecho referido acima, de *Human Capital* (1993, pp. 212-213), BECKER lamenta não poder estimar os ganhos psíquicos esperados que, tanto como os ganhos monetários esperados, motivam alguém a não desistir do ensino médio e a ingressar na faculdade. Se pudesse estimá-los, a política educacional poderia levar isso em consideração para decidir no que investir para incentivar o engajamento dos estudantes.

⁴³ “.. o custo de oportunidade mede o valor das oportunidades perdidas em decorrência da escolha de uma alternativa de produção em lugar de outra também possível” (Carvalho L. C., 2011, p. 196)

crimes mesmo quando estes são lucrativos e não há risco de serem punidas (1992)⁴⁴. Para BECKER, entretanto, essas pessoas não são menos “racionais”; quer dizer, são igualmente movidas pela maximização do próprio bem-estar. Nesse sentido, as normas morais, quando reduzem a utilidade total de alguém em prol de terceiros (v.g. condenando o furto ou impelindo o pagamento de impostos), serão observadas somente se esta redução for compensada com um aumento da utilidade (v.g. aceitação no grupo social, prestígio, respeito, reconhecimento etc.) (1996b, p. 227; 1996a, p. 12 e ss.)⁴⁵. E, além disso, tendem a ser reforçadas por desaprovações às violações – “reações negativas” do grupo social próximo à pessoa (1996b, p. 229).

Em casos assim, BECKER trata os terceiros que se beneficiam dessas normas como seus prováveis autores e principais mantenedores, subsidiando órgãos que difundem tais normas. Menciona, por exemplo, que a burguesia e as classes altas, a fim de preservarem seus interesses de forma menos custosa, procuram inculcar nas classes baixas normas morais que impõem o respeito à propriedade. Como evidência de seu argumento, refere-se a uma pesquisa que constatou, no início dos anos 90, que 80% do suporte financeiro das igrejas americanas advinha de apenas 20% de seus membros (1996b).

Conforme BECKER elaborou mais extensamente em *Account for Tastes* (1996), a depender de experiências pessoais e da influência do meio social, varia a importância que se atribui às normas morais que, de qualquer forma, não exercem influência absoluta, pois entram no cálculo de maximização de utilidade como qualquer outra preferência (1996a; 1996b)⁴⁶. Na “produção” da máxima utilidade através do “consumo” de bens (ou

⁴⁴ Na mesma linha, em outra ocasião, apontando que apenas o risco de ser punido não seria suficiente para explicar os baixos índices de sonegação fiscal, especulou que muitos acreditam que tenham um dever moral de pagar de impostos (2007).

⁴⁵ “People would not attend churches where they acquire norms that lower their utility unless they are compensated with sufficient benefits” (Becker G. S., 1996b, p. 227). “As pessoas não frequentariam as igrejas, onde elas adquirem normas que reduzem sua utilidade, se elas não fossem compensadas por iguais benefícios” Tradução minha. Exemplos desses benefícios, conforme o autor, são o conforto psicológico e confraternização social que as igrejas oferecem.

⁴⁶ “Norms are those common values of a group which influence an individual's behavior through being internalized as preferences” (Becker G. S., 1996b, p. 225). “Normas são aqueles valores comuns de um grupo que influenciam o comportamento dos indivíduos na medida em que sejam internalizadas como preferências” Tradução minha. “...considerations of price and cost influence ethical and moral choices - such as whether to act honestly- just as they influence choices of personal goods” (Becker G. S., 1996a, p. 18). “... considerações de preço e custo influenciam escolhas éticas e morais – como quando agir honestamente ou não – da mesma forma que influenciam a escolha de coisas pessoais”. Tradução minha.

comportamentos), as pessoas levam em consideração todas as suas preferências⁴⁷; a escolha de que bens (ou comportamentos) consumir em vista da máxima utilidade, nesse sentido, exige eventualmente o sacrifício ao menos parcial de algumas preferências em prol da satisfação de outras.

Nessa perspectiva que “internaliza” as normas morais no processo de produção de utilidade, elas são apenas mais um incentivo da escolha, não um guia incondicionado de comportamento, e sua eventual violação pode implicar não mais que um “custo psicológico” (v.g. culpa, vergonha etc.) (Kroneberg, Heintze, & Mehlkop, 2010, pp. 263-264; Posner, 1997).

Creio que este breve panorama acerca da economia do crime, enfim, seja suficiente para permitir-me diferenciar esta concepção daquelas anteriores, como farei no Capítulo seguinte.

⁴⁷ As “preferências”, recorde-se, são os bens mais fundamentais (v.g. necessidades básicas, saúde, prazer sensual etc.) que explicam porque as pessoas extraem utilidade ao consumirem determinadas coisas e serviços (1990 [1976], p. 5). Compreender as normas morais como preferências (“norm-as-preferences”), então, é entender que os indivíduos extraem utilidade do “consumo” de determinados comportamentos e desutilidade de outros, tanto quanto extraem utilidade de bens mais ordinários (Staveren, 2007, pp. 145-147) (Goldfarb & Griffith, 1991, pp. 69-72).

Capítulo 4 – A economia: de causa ou objeto a método

Para concluir esta primeira parte do trabalho, em que analiso as diferentes concepções da relação entre crime e economia na literatura econômica e criminológica, quero brevemente compará-las entre si, retomando seus elementos principais.

Nos dois primeiros Capítulos, acima, vimos estudos que, abordando a relação da “economia” com a criminalidade conceberam a primeira ora como um tipo de fato (v.g. riqueza, pobreza, estrutura econômica) ou de sentimento (v.g. necessidade, egoísmo, ganância) tratado como causa de crimes, ora como setor das relações sociais ou conjunto de atividades de determinado tipo, como as atividades profissionais lícitas, em meio às quais ocorrem determinados crimes que interessam à investigação criminológica – os crimes do colarinho branco, no caso.

Entre os que concebem a “economia” como causa e os que a entendem como um objeto, portanto, há este termo comum: de um lado, coloca-se a parcela “econômica” realidade; de outro, a parcela “não econômica”, segregando-se os comportamentos humanos nessas duas esferas distintas. A “economia” é concebida em uma perspectiva “classificatória”, como vimos em Lionel ROBBINS, acima⁴⁸.

Sobressai, em vista dessa análise anterior, que a primeira dessas duas concepções sequer trata a economia como um tipo de comportamento ou ação humana, mas sim como tipo de fato, objetivo ou subjetivo, nada obstante possa ser recolocada nesses termos “comportamentais”: a economia seria, assim, o conjunto de comportamentos movidos pela busca de riqueza, pela ganância ou pelo egoísmo, ou pela fuga da necessidade, da pobreza.

É verdade que BONGER – autor que analisei porque sua obra ilustra essa primeira concepção –, na sua classificação de crimes econômicos, *i.e.*, crimes cujas causas sejam econômicas, inclui também aqueles cometidos profissionalmente. Ele considera tais crimes “econômicos”, entretanto, não pelo seu aspecto “profissional”, mas apenas porque esses aspecto revela a causa econômica do comportamento, que é a necessidade ou a ganância, a impelir o indivíduo a cometer crimes profissionalmente.

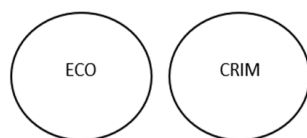
⁴⁸ Subtítulo 3.1.

Em lugar de causas econômicas do crime, ou de um objeto econômico-criminal, na obra de BECKER o “econômico” aparece, diversamente, como qualidade do método empregado para estudar o crime, qualquer que seja, ou qualquer ação humana. Ao mesmo tempo em que os fatos e comportamentos não são mais “classificados” entre “econômicos” e “não econômicos”, toda a realidade humana é concebida como objeto do método econômico. Rigorosamente, então, perde sentido falar em “crime econômico” em contraposição a crimes que seriam “não econômicos”, seja porque suas causas não seriam fatos ou sentimentos econômicos, seja porque não estariam situados no âmbito das atividades econômicas.

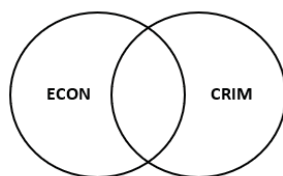
Trata-se de uma concepção analítica de economia, como a definia ROBBINS, porque BECKER também não subdivide os comportamentos naqueles termos. Indo além daquele autor, inclusive, compreende que “econômico” é exclusivamente o método de estudo do comportamento humano, e não uma característica desse comportamento. Já isso indica que BECKER não divide as ações humanas em “econômicas” e “não econômicas”, pois não faz sentido classificá-las a partir de uma característica que não possuem.

Para representar graficamente essas três concepções da relação entre crime e economia, elaborei os esquemas a seguir.

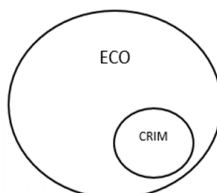
Esquema 1 – Economia como causa



Esquema 2 – Objeto econômico-criminal



Esquema 3 – Método econômico do estudo do crime



Na concepção referida no Esquema 1, a economia é concebida como causa do comportamento criminal. Mesmo quando não se segreguem explicitamente a economia e o crime em mundos distintos, como fazia FERRI, na prática, esse tipo de estudo implica tal segregação. De um lado, nessa linha, colocam-se os fatores econômicos (v.g. pobreza, riqueza, ganância, egoísmo etc.) e, de outro, a criminalidade. Eventuais classificações de alguns crimes como “econômicos”, dentro dessa concepção – como há em BONGER –, não se baseiam propriamente na “economicidade” da atividade criminosa, mas no caráter econômico atribuído à causa criminógena. Daí que a representação gráfica exija colocar em esferas distintas a economia e a criminalidade.

Na concepção ilustrada pelo Esquema 2, a economia é entendida como um objeto ou campo de estudos. Esse objeto é uma parcela das atividades humanas – e não meramente fatos ou sentimentos, como pobreza e egoísmo –, que usualmente caem sob o domínio da Ciência Econômica, tal como a parcela dos comportamentos humanos voltados para as trocas – *i.e.*, para o mercado –, ou as atividades de produção e consumo dos bens que possuem algum valor de mercado – *i.e.*, valor de troca, valor monetário –. A representação gráfica dessa concepção é uma intersecção entre a criminalidade e a economia, que corresponde ao objeto econômico-criminal, ou seja, os crimes em meio a atividades econômicas, como é o caso dos crimes do colarinho branco, situados por SUTHERLAND em meio a atividades profissionais lícitas.

A referência de BONGER à estrutura econômica e seu papel criminógeno – *i.e.*, o capitalismo produzindo o egoísmo, sendo este a principal causa de crimes –, pode sugerir que se deva incluí-lo também aqui, nesta segunda perspectiva. Porém, note-se que BONGER só considera o papel da estrutura econômica – que é, por sua vez, um objeto no mundo e, precisamente, um campo das relações sociais – enquanto este produza riqueza ou pobreza ou ainda outras condições que, indiretamente, levem ao cometimento de crimes. Para fins de estudo criminológico, ao menos, BONGER reduz a economia a esses fatores causais.

Estudos baseados nesta segunda perspectiva, a do objeto econômico-criminal, podem não ser tão frequentes quanto aqueles baseados nos fatores econômico-criminógenos, mas também não se resumem aos estudos sobre a criminalidade do colarinho branco.

Destaco, nesse sentido, os estudos em torno da chamada “economia subterrânea”. Esse termo, conforme Edgar L. FEIGE (1990), designa todo um conjunto de atividades econômicas que fogem à economia estritamente lícita ou formal, tirando proveito do desrespeito às “regras do jogo” – em detrimento daqueles que arcam com o custo de obedecê-las – e distorcendo os dados oficiais que medem o nível de atividade econômica de um país – por isso dificultando o planejamento político-econômico. Como aponta o autor, há uma vasta tradição de estudo da economia subterrânea na “economia institucional”, uma vertente teórica que estuda a interação entre as instituições – compreendidas aqui como normas ou “regras do jogo” – e a performance ou desenvolvimento econômico. Um problema prático muito abordado nesses estudos diz respeito à medição dos mercados ilegais para sua inclusão nas contas nacionais, no PIB do país, como já ocorre em muitos países europeus⁴⁹.

Assim como os crimes do colarinho branco, a “economia subterrânea” também se situa na intersecção entre criminalidade e economia. Muda o ponto de vista, entretanto. Enquanto SUTHERLAND procura pelos crimes em meio à economia – *i.e.*, a criminalidade em meio à economia lícita –, os economistas dedicados a esse tema procuram pela economia em meio à criminalidade – *i.e.*, a economia em meio ao conjunto das atividades ilícitas⁵⁰. Em qualquer caso, admite-se que “economia” não é sinônimo de licitude, nem criminalidade sinônimo de “não econômico” – a diferença de FERRI, por exemplo, para quem a economia é sinônimo de atividade honesta e o crime de atividade desonesta (1900, p. 457).

⁴⁹ FEIGE mesmo ocupa-se principalmente de elaborar um método para quantificar a economia subterrânea por variáveis indiretas (1990). Os parâmetros internacionais essenciais para incluir a economia ilegal no Produto Interno Bruto (PIB) foram estabelecidos pelo *System of National Accounts 1993* (1993), elaborado pela Organização das Nações Unidas em conjunto com Fundo Monetário Internacional e outras entidades (Blades & Roberts, 2002). Em sua seção “3.54” prevê que a produção e o consumo de um serviço ou coisa ilegal, como as drogas, deve ser contabilizada tanto quanto a produção e o consumo de bens lícitos. Seguindo diretrizes como essa, alguns países europeus computam as economias ilegais no PIB há bastante tempo, com a Holanda, Estônia, Áustria, Eslovênia, Suécia e Noruega e, em 2014, Itália, Reino Unido e Espanha anunciaram que iriam incluir em seus PIB’s o tráfico de drogas, a prostituição e o contrabando de cigarros e de bebidas (Oswald, 2014; Odilla & Alegretti, 2019). No Brasil, essas atividades não são incluídas no PIB. Desde 2007, porém, a Fundação Getúlio Vargas em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) divulga um índice que estima a economia subterrânea em geral (ETCO, 2019). Esse índice caiu paulatinamente até 2014, quando atingiu seu mínimo histórico de 16,1%, e tem subido progressivamente desde então. O último índice, de 2018, foi de 16,9% (ETCO, 2018).

⁵⁰ Para ser preciso, a economia subterrânea, segundo FEIGE, também abrange atividades criminosas em meio a economia lícita, como os crimes do colarinho branco. No texto, portanto, refiro-me especificamente à parcela da economia subterrânea que o autor denomina “economia ilegal”, *i.e.*, a produção de coisas e serviços proibidos.

Também nos dois a “economia” é essencialmente um objeto de estudo, embora em um caso o método empregado seja sociológico e no outro econômico. Esse “método econômico” empregado no estudo da economia subterrânea, entretanto, é algo bem distinto do método de BECKER, pois sua aplicação, mesmo que ampliada para o estudo de atividades ilegais, limita-se àquelas relativas a bens que, usualmente, são objeto de transações mercantis, bens cujo valor monetário poderia ser diretamente medido, não fossem as dificuldades de acessar os dados da economia oculta.

Finalmente, como ilustra o Esquema 3, a economia é concebida como um método, puramente, que considera qualquer tipo de causa e não se restringe a um objeto específico, mas se propõe estudar qualquer comportamento humano (Becker G. S., 1990 [1976]); a economia passa a ser uma “grade de inteligibilidade” da realidade humana como um todo (Foucault, 2008a, pp. 329-330; 334-339). Sua representação gráfica é a economia abarcando a criminalidade, que consiste apenas em mais um subconjunto do objeto do método econômico.

Os Esquemas acima representam “topograficamente” o que são concepções epistemológicas distintas de economia e seus potenciais usos teóricos para abordar a criminalidade seja na Criminologia ou na Economia.

Partindo delas e das diferenças entre elas, irei analisar a definição jurídica que a doutrina oferece para os chamados “crimes econômicos”, os crimes reunidos no Direito Penal Econômico (DPE). Será possível, então, elucidar o significado dessa definição a partir de uma nova perspectiva, desvinculando-a, também, da finalidade que se atribui à criminalização dessas condutas definidas como crimes econômicos.

Resumidamente, como veremos no Capítulo seguinte, a doutrina os define como crimes estabelecidos para proteção de bens jurídicos supraindividuais relacionados à economia. Neste trabalho, procurando “traduzir” essa definição jurídica na linguagem daquelas diferentes perspectivas, os crimes econômicos serão definidos como aqueles cujo cometimento ocorre necessariamente em meio ao conjunto determinado de atividades usualmente compreendidas como “econômicas” e, ademais, “lícitas”. Por sua vez, a finalidade de sua criminalização, agora desvinculada da definição de crime econômico, será traduzida como finalidade de proteção da economia lícita, no sentido

proteção do conjunto de interesses que se apresentam nesse campo de atividades ou setor das relações sociais.

Posteriormente, enfim, analisarei essa finalidade protetiva à luz de BECKER e, especificamente, de seu modelo de otimização da política penal – o modelo da economia da pena ou *law enforcement*. Esse modelo é o produto da aplicação do seu método econômico agora com a finalidade de encontrar a forma “ótima” da política penal, considerando que o objetivo dessa política seja “proteger” o bem-estar social, no sentido minimizar *ao máximo* as perdas sociais relacionadas a crimes – nas quais se incluem também os custos da política penal –, em vez de agravá-las ainda mais.

A partir desse modelo, então, analisarei em que medida os instrumentos de que o DPE dispõe possibilitam ou impedem que ele desempenhe de forma “ótima” a função que se lhe atribui de proteger a “economia”.

PARTE 2 – DEFINIÇÃO E FUNÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Dedico esta PARTE 2 do trabalho a identificar, em termos econômicos, em que consiste a função que a doutrina atribui ao Direito Penal Econômico (DPE) – e, ademais, a diferenciá-la da própria definição dada a este ramo do Direito Penal, definição que, na doutrina, está atrelada à função.

Na parte final (PARTE 3), então, irei avaliar se este, o DPE, pode ou não cumprir tal função, agora distinguida da sua definição e traduzida em termos econômicos, verificando quais elementos entre as suas características lhe permite ou impede de cumpri-la da melhor forma possível – partindo, na ocasião, da teoria econômica de BECKER.

A doutrina não “facilita” este trabalho de identificar um significado econômico da função e definição do DPE, porque nenhum dos autores problematiza, em termos econômicos, a razão pela qual este ramo do Direito Penal é qualificado de “Econômico” e outros não. A separação entre DPE e Direito Penal “não econômico” é feita, veremos, sobretudo em nome de um critério estritamente jurídico: classifica-se o crime no DPE se ele atinge um bem jurídico “supraindividual”. Consoante a isso, os autores tampouco recorrem à literatura econômica, “misturando” inúmeras acepções diferentes do que seja “economia” e expressões derivadas, principalmente quando tratam de caracterizar o DPE pela criminologia, antes de defini-lo em termos jurídicos, como preferem.

Nada obstante, entendo que seja possível extrair um significado econômico da função e definição jurídicas dada pela doutrina ao DPE. Isso será possível, primeiro, com uma análise detida da literatura jurídica pertinente, no Capítulo 5, e em seguida, pela sua leitura crítica a partir da base teórica estabelecida na PARTE 1, como veremos no Capítulo 6.

Capítulo 5 – O Direito Penal “Econômico” na literatura jurídica

Neste Capítulo, analiso as definições e características do Direito Penal Econômico (DPE). Parto aqui de uma amostra da literatura jurídica em português e, eventualmente, da literatura em língua estrangeira mencionada nos textos a princípio analisados⁵¹.

Para seleção da amostra, dei preferência aos textos que se propuseram a analisar mais extensamente a definição e caracterização do DPE, e não como um tópico introdutório, apenas.

Os objetivos, aqui, são dois: primeiro, caracterizar o DPE, de acordo com a doutrina, e então situá-lo nos marcos das diferentes perspectivas da relação entre crime e economia presentes na literatura e vistas nos Capítulos anteriores, *i.e.*, (i) a economia como causa de crimes, (ii) como objeto de estudo criminológico e (ii) como método de estudo de crimes.

O outro objetivo é identificar a função atribuída ao DPE. Essa função aparece, inclusive, como elemento de um tipo definição do DPE, a definição dita “jurídica” ou “dogmática”, que, aliás, é a que goza de mais prestígio na literatura a seguir analisada.

5.1. Tipos de definição do DPE

Segundo FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, existem três tipos de definições de DPE, conforme a disciplina que as fundamente: as criminológicas, as criminalísticas e as dogmáticas (2000).

As definições a partir da criminologia se fundam na maioria das vezes em consideração àqueles que seriam os autores “regulares” desses crimes, em linha com SUTHERLAND e seu conceito de *white collar crime*. Assim, os delitos econômicos seriam os crimes praticados por “pessoas de escalões sociais superiores”, por “pessoas de certas profissões” ou no domínio de empresas.

A definição criminalística parte da complexidade que envolve o cometimento de crimes econômicos, como o emprego de fraudes, que explicam sua persecução por

⁵¹ Nesse sentido, consulte a bibliografia estrangeira citada nos autores a princípio revisados quando, entendendo importante mencioná-la, quis evitar citações indiretas.

procedimentos especiais de investigação (v.g. quebra de sigilos bancário, telefônico, fiscal etc.). Nesse caso, de acordo com os autores, crimes econômicos seriam apenas crimes patrimoniais qualificados pela complexidade da investigação que exigem.

FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE rejeitam definições criminológicas ou criminalísticas porque partiriam de elementos acidentais e eventuais, não inerentes aos crimes econômicos em geral, e que, ademais, não atenderiam exigências de política criminal. Aceitar definições baseadas na qualidade do agente do crime, por exemplo, implicaria um “Direito Penal de autor”. Daí que optam por uma definição própria da dogmática penal, sem diminuir a importância da criminologia ou de outros saberes *não jurídicos*, inclusive porque “Enquanto não houver ideias seguras [a serem providas por esses outros saberes] sobre as formas, frequência etc. da criminalidade econômica, todo o conceito de Direito Penal Econômico será, pelo menos, provisório”. Em todo caso, entendem que “só numa perspectiva jurídica lograremos uma definição que, além do mais, seja útil no plano de política criminal”, o que os levará a definir o DPE a partir de um “bem jurídico” (Figueiredo Dias & Andrade, 2000, pp. 81-82; 84).

Um exemplo de definição jurídica, que eles rejeitam, é aquela que toma a “confiança” como bem jurídico definidor do DPE. Segundo os autores, trata-se na verdade de uma definição “mista” ou “ecletica”, que parte de um critério criminalístico, presente na criminologia de SUTHERLAND, tomado também como bem jurídico. De acordo com essa definição, o delito econômico é a “*violação da confiança* em que assenta a vida econômica e sem a qual esta não é possível”, *violação* que, a princípio, diz respeito apenas ao meio de obtenção de vantagens indevidas nas relações econômicas, mas que é tomada também como bem jurídico, como um “valor fundamental da vida econômica a defender penalmente” (Figueiredo Dias & Andrade, 2000, pp. 83-84).

. Os autores rejeitam a “confiança” como algo demasiadamente subjetivo para servir de bem jurídico e, portanto, como definição jurídica do DPE.

Compreendendo que o objeto jurídico do delito econômico, seu bem jurídico, guarda alguma relação com a economia, o mercado e as “instituições em que se exprime a vida econômica”, e procurando “ir além das generalidades”, FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE sustentam uma definição do DPE que parte do Direito Econômico, especificamente entendido como “direito de direção da economia, pelo Estado” ou

“conjunto de normas através das quais se traduz juridicamente a *intervenção* do Estado na economia”, voltadas à proteção “da economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais”, da “ordem econômica como um todo”, via controle mercadorias, de preços, de restrições da concorrência, de subvenções etc. (2000, pp. 81, 86).

De forma geral, os autores consultados não destoam dessa linha de raciocínio que aparece em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE. Nesse sentido, recorrem aos aspectos criminalísticos e criminológicos apenas para introduzir o tema do DPE, caracterizando os delitos econômicos, mas estabelecem seu conceito definitivo em termos jurídicos – leia-se, a partir da finalidade de proteção de determinado bem jurídico –.

Seguindo esse formato de abordagem do DPE, a seguir veremos, primeiro, quais são as características gerais, criminológicas e criminalísticas, atribuídas ao delito econômico pela doutrina e, posteriormente, quais as suas definições jurídicas.

5.2. Características criminológicas e criminalísticas

Em FERRI, BONGER, NICEFORO e, especialmente, em SUTHERLAND – autores que analisei acima –, encontram-se muitas das características criminalísticas e criminológicas que, como veremos a seguir, a doutrina do DPE atribui à criminalidade econômica.

Essas características dizem respeito à explicação da origem histórica dessa criminalidade, ao “tipo” social mais frequente entre seus agentes, aos meios comumente empregados no cometimento desses delitos, às consequências que infligem e, enfim, à finalidade ou motivo que tipicamente explicam seu cometimento.

Quanto à origem da criminalidade econômica, os autores que consultei a atribuem ao progresso e desenvolvimento econômicos típicos do séc. XIX em diante. Manoel Pedro PIMENTEL, por exemplo, aponta o desenvolvimento do comércio, do consumo, da produção e das possibilidades de acúmulo de riqueza como principal causa do desenvolvimento de novos “meios de agressão ao patrimônio”, que passaram do “ataque frontal e desembuçado” para “novas formas de burlas e fraudes”, da “violência” para a “inteligência” e a “astúcia”. Segundo o autor, o próprio desenvolvimento econômico, então, é a causa do crescimento do crime econômico: “Na medida em que aumentou a

complexidade dessas relações, cresceu também a área dessa nova forma de criminalidade” (Pimentel, 1973, p. 4).

Essa “nova forma de criminalidade”, “refinada, técnica, hábil”, é encarada como fruto do aumento da “complexidade da vida moderna, especialmente no campo da economia”. Não seria à toa, portanto, que seus principais autores são o “grupo de homens de negócios”, a “empresa de vulto” ou a “sociedade comercial” (Pimentel, 1973, p. 5).

Também Roberto Santiago Ferreira GULLO afirma – notando que isso teria sido previsto por criminólogos como FERRI e NICEFORO –, que o desenvolvimento econômico trouxe o aumento da criminalidade por fraude, o que corresponde ao aumento dos crimes econômicos em geral. E isso principalmente porque, segundo GULLO, o incremento no progresso tecnológico proporcionou meios mais sofisticados para cometer crimes (2005, pp. 7-8, 11).

Esses novos crimes, conforme PIMENTEL, seriam praticados por pessoas inteligentes, socialmente influentes, com prestígio social, bem relacionadas com políticos e funcionários públicos, conhecedoras da legislação e suas falhas, características normalmente ausentes nos autores da “velha criminalidade econômica”, como furtos e roubos. Além disso, os danos causados por esses novos crimes não se limitariam, conforme PIMENTEL, aos prejuízos das vítimas, como ocorre tipicamente na criminalidade patrimonial clássica, mas atingiriam a todos, por exemplo, quando acarretam “descrédito” para instituições financeiras (1973, pp. 5-6).

Além de ressaltar que o dano tipicamente resultante dessa criminalidade recai sobre pessoas indeterminadas e anônimas, que não entram em contato direto com o agente do crime e dificilmente são identificáveis, Gerson PEREIRA DOS SANTOS acrescenta às características do crime econômico, referindo-se a Raúl AMPUERO, o fato de que se realiza geralmente no contexto empresarial e que visa a um lucro extraordinário (ou uma utilidade complementar) no giro normal do negócio (Ampuero, 1962, pp. 27-28). Nesse mesmo sentido, João Marcello de ARAÚJO JUNIOR afirma que o crime econômico, típico das “classes hegemônicas”, desenvolve-se normalmente no “campo dos negócios” (1995, pp. 35-36).

Por tudo isso, a doutrina, como em GULLO, conclui que os delitos econômicos não são conseqüências da pobreza ou da necessidade, mas sim da busca pelo enriquecimento ilícito, perpetrada por agentes pertencentes às classes mais ricas (Gullo, 2005, p. 11).

Uma pequena parte da doutrina define o DPE a partir de algumas dessas características *não jurídicas* (criminológicas ou criminalísticas), ainda que conjugadas a definições jurídicas. Uma é aquela mencionada (e rejeitada) por FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, que toma um critério criminológico, a “confiança” que permeia as relações econômicas, como bem jurídico definidor do DPE. Outras são as seguintes, por exemplo, que se encontram em Paulo Salvador FRONTINI, Luís GRACIA MARTÍN e Vitorino Prata CASTELO BRANCO.

FRONTINI, apesar de reconhecer o crime econômico a partir do bem jurídico que afetaria, conjuga a essa definição uma outra que parte do agente “frequente” do delito econômico (o empresário), do seu regular objetivo de lucro e dos danos ampliados que resultariam desses crimes (1972, pp. 42-43). Isso o leva a considerar como delito econômico toda disposição legal que signifique tutela penal de qualquer intervenção do Estado em “relações de cunho econômico”, “como a propriedade e o seguro, no Direito civil; o contrato de trabalho e a liberdade de contratar, no trabalhista; a disciplina do crédito no Direito comercial ou a empresa pública, no administrativo” (Frontini, 1972, p. 41; N. do A. n. 1). O autor compreende o DPE, dessa forma, como segmento especializado dos demais ramos do Direito.

GRACIA MARTÍN, mencionado em Luiz REGIS PRADO (2004, p. 28), também vale-se da atividade empresarial para definir o DPE, atividade que seria “fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica”, como a livre concorrência, o meio ambiente e muitos outros. (Gracia Martín, 2003, p. 84).

CASTELO BRANCO define o DPE como o conjunto de crimes praticados por empresários ou praticados com finalidade econômica, entendida como a busca de alguma vantagem patrimonial ou monetária, o que o leva a incluir, entre os crimes econômicos, delitos patrimoniais comuns, quando é grande sua repercussão social (v.g. roubo a

bancos), e também os crimes que constituem mercados ilegais, como o tráfico de drogas, a prostituição e o jogo (1982, pp. 11-14).

Diz o autor que a “finalidade da economia”, a busca do lucro, é uma “lei natural”, “acima da vontade humana”, e que dela decorre o “recurso ilícito” ao “lucro indevido” (Castelo Branco, 1982, pp. 7-8), e que é contra os abusos dessa lei natural e da liberdade de agir de acordo com ela (a liberdade de comércio) que o DPE existe, reagindo aos “abusos praticados por aqueles que têm nas mãos a produção, a circulação e a distribuição dos bens essenciais, protegendo afinal os interesses dos consumidores e da comunidade em geral” (Castelo Branco, 1982, p. 12).

Em linha com essa definição muito ampla do DPE, a abrangência que o autor atribui aos delitos econômicos *stricto sensu* acaba sendo residual; quer dizer, é o que não se enquadra em qualquer das outras espécies infrações genericamente econômicas (financeiras, tributárias, cambiárias) e que está previsto em leis penais especiais, exteriores ao Código Penal. Diz ele:

1.º) *Infrações econômicas [stricto sensu]* – Aquelas que disciplinam a atividade econômica dos empresários em particular e do Estado em geral. 2.º) *Infrações financeiras* – Aquelas que disciplinam a utilização dos meios de troca, no âmbito do Estado. 3.º) *Infrações tributárias ou fiscais* – Aquelas surgidas dos princípios e normas que disciplinam a atividade tributária. 4.º) *Infrações cambiárias* – Aquelas que disciplinam a troca de moedas estrangeiras em proteção aos interesses do Estado. 5.º) *Infrações penais comuns* – Aquelas que, interessando à economia, particular ou estatal, estão devidamente inscritas no Código Penal vigente (Castelo Branco, 1982, p. 12).

Em suma, quanto à caracterização criminológica e criminalística do crime econômico na doutrina jurídica do DPE, ele se particularizaria por: a) ser fruto próprio do progresso econômico; b) ser típico das classes dominantes; c) ser mais afeito à fraude que à violência; d) estar normalmente inserido no contexto da empresa capitalista que desempenha atividades lícitas; e) provocar danos ampliados, que atingem vítimas anônimas e indeterminadas; f) e, enfim, ser cometido para fins de enriquecimento, não de satisfação de necessidades ou para vencer a pobreza.

5.3. Definições jurídicas

A doutrina elenca uma série de características jurídicas próprias aos delitos econômicos, em sua grande maioria relativas às técnicas legislativas normalmente empregadas na construção dos tipos legais de crime (v.g. normas penais em branco, tipos

de perigo, tipos de mera conduta, fórmulas verbais genéricas e abertas etc.), mas, dentre as características jurídicas, a que é utilizada para a definição desses delitos é o bem jurídico a que estariam relacionados. Nesse sentido, dentre os autores que revisei, nenhum deles define o DPE a partir de alguma característica jurídica que não seja o bem jurídico.

Conforme FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, a definição jurídica do DPE, assim entendida, seria mais precisa, porque centrada em aspectos essenciais (não acidentais, não eventuais) do delito econômico. Seria também mais compatível com a tradição do Direito Penal e mais útil, porque identificaria a finalidade político-criminal do DPE, quanto a proteger determinado bem jurídico.

Aqui não é necessário discutir o que, em geral, possa ou deva ser entendido como bem jurídico. Basta-me uma definição, quanto a seu aspecto formal, que é meramente operacional e pode ser extraída dos autores a seguir referidos, como um “mínimo denominador comum”: bem jurídico são os direitos – ou os interesses ou ainda os valores que correspondam a esses direitos – cuja violação o Direito Penal criminaliza para protegê-los, evitando novas violações.

Do ponto de vista material, isto é, quanto ao conteúdo dos direitos especificamente protegidos pelo DPE, a análise que farei precisa identificar apenas os significados que a doutrina do DPE, em particular, atribui ao bem jurídico como seu objeto de proteção – e não os significados que ela deveria atribuir –, para então avaliá-los do ponto de vista sociológico e, principalmente, econômico.

A doutrina reconhece que as definições dadas ao DPE são vagas e não consensuais, a ponto de abdicar da precisão (Figueiredo Dias & Andrade, 2000, pp. 80-81) ou tratar o DPE como “como conceito jurídico indeterminado” (Pereira dos Santos, 1981, p. 104). A imprecisão é atribuída à novidade dessa matéria (Pereira dos Santos, 1981, p. 93) ou, independentemente dessa novidade, ao seu grau de variação histórica e regional, que seria enorme e, ademais, inerente a ela (Andrade, 2005, p. 24; Figueiredo Dias & Andrade, 2000, pp. 67-68).

Para definir o DPE, é uma constante na doutrina a referência a conceitos de Direito Econômico, como “intervenção do Estado na economia” ou “ordem econômica”. Entretanto, admite-se que esse recurso não resolve o problema da indefinição, pois estes

conceitos seriam igualmente imprecisos (Regis Prado, 2004, p. 27; Gullo, 2005, p. 3; Figueiredo Dias & Andrade, 2000, p. 87). A delimitação da abrangência concreta do DPE – *i.e.*, de que espécies de crime compõem a matéria –, que em si mesma já é uma tarefa difícil (Pimentel, 1973, p. 22), revela em definitivo a imprecisão que a doutrina reconhece. Por tudo isso, só se pode falar em definições aproximadas do que seja o DPE.

Feita essa ressalva quanto ao caráter reconhecidamente “aproximativo” e impreciso das definições jurídicas, passo a analisá-las.

A. Intervenção e regulamentação econômicas como bem jurídicos

Três conceitos fundamentais, como veremos agora, medeiam a relação entre Direito Penal e economia nas diversas definições jurídicas do DPE. São eles a intervenção do Estado na economia, a regulamentação da economia pelo Estado e a noção de ordem econômica.

Já vimos em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE uma definição exclusivamente jurídica, que esses autores elaboram a partir do bem jurídico entendido como “economia nacional no seu conjunto”, as “instituições fundamentais” da economia nacional, a “ordem econômica como um todo”, que seria o mesmo objeto do Direito Econômico, entendido como “direito de direção da economia, pelo Estado” ou “conjunto de normas através das quais se traduz juridicamente a *intervenção* do Estado na economia” (2000, pp. 81, 86).

Na mesma linha, PIMENTEL define o DPE como um ramo qualificado do Direito Econômico, entendido esse como “sistema de normas jurídicas destinadas a regulamentar a realização da política econômica”, que é a intervenção do Estado na economia. Ao DPE caberia coibir condutas que ofereçam risco ou prejudiquem “bens ou interesses jurídicos” fixados pelo Direito Econômico, condutas que “no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”, que garantem “a segurança e a regularidade da boa execução da política econômica do Estado” (1973, pp. 6, 9, 10, 23).

Nesses termos, conforme Artur de Brito GUEIROS SOUZA – referindo-se a Miguel BAJO FERNÁNDEZ & Silvina BACIGALUPO (2010, p. 13) –, o DPE seria

justamente o “grau mais intenso do intervencionismo estatal na economia, qual seja, mediante o exercício do *ius puniendi*” (Gueiros Souza, 2011, p. 120).

A definição de PIMENTEL, segundo ele próprio, estaria de acordo com aquelas que foram dadas por José FREDERICO MARQUES, Rafael MIRANDA GALLINO e Henrique R. AFTALIÓ. N.

Em FREDERICO MARQUES, igualmente, o DPE é o ramo jurídico que coloca sanções penais “a serviço da regulamentação normativa da vida econômica e suas repercussões nos fatos que a ordem jurídica disciplina” (Frederico Marques, 1966).

Em MIRANDA GALLINO, o DPE se define pelo objetivo de proteger, contra os danos provocados pelos crimes nele abrangidos, o “equilíbrio que deve existir para o normal desenvolvimento das etapas do fato econômico”, “a integridade das relações econômicas públicas, privadas ou mistas”, “a ordem que rege a atividade econômica” (Miranda Gallino, 1970, p. 25).

AFTALIÓ. N., por sua vez, define o delito econômico como a infração que, por mais que afete interesses particulares, se caracteriza por prejudicar “a política de intervencionismo no econômico-social” que caracteriza a atuação dos Estados na contemporaneidade, para corrigir inseguranças e problemas econômicos característicos dessa época (1969, p. 109). Ainda que prejudique, então, aos particulares ou aos órgãos administrativos e as suas regulamentações, o delito econômico afeta “a economia nacional considerada em seu conjunto” ou “as instituições importantes para o funcionamento desse conjunto” (p. 110). O bem tutelado seria então, nas palavras de AFTALIÓ. N., a “ordem pública econômica” (pp. 99-100).

Embora PIMENTEL entenda que o *bem jurídico* referido por esses autores seja o mesmo a que ele próprio se refere – *i.e.*, a intervenção do Estado na economia –, o emprego do conceito de “ordem econômica” por estes últimos, em lugar de “política econômica”, destaca o suposto caráter “supraindividual” das finalidades perseguidas pelo DPE. Esse enfoque “supraindividual”, correspondente ao emprego da expressão “ordem econômica” por autores como AFTALIÓ. N. e MIRANDA GALLINO, não é claro em PIMENTEL.

A ideia de supraindividualidade serve para rejeitar, de um lado, a identificação do bem jurídico do DPE com interesses de particulares e, de acordo com isso, diferenciá-lo do bem jurídico afetado nos crimes patrimoniais, que estariam relacionados à economia, mas seriam inconfundíveis com os delitos econômicos (Figueiredo Dias & Andrade, 2000, p. 87).

Por outro lado, a supraindividualidade contém a ideia de que a ordem econômica, além de não se identificar com os interesses dos particulares, também não coincide necessariamente com os interesses do Estado, ou não com os interesses estritamente estatais. Nesse preciso sentido, RODRIGUES critica a concepção de PIMENTEL que, no âmbito do Direito Penal Tributário, defenderia uma visão “patrimonialista”, isto é, que identificava o bem jurídico tutelado como o “mero interesse do Fisco na obtenção de receitas”, em vez de “interesses patrimoniais transindividuais estritamente relacionados com as funções econômicas e sociais do Estado”, que seria a “ordem tributária” abrangida pela “ordem econômica” (Rodrigues, 2011, pp. 348-349).

Em PIMENTEL ou em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, o objeto cuja proteção confere-se ao DPE é aquele que se concebe como objeto do Direito Econômico, com a condição de que o objeto deste último seja entendido de forma restrita, isto é, exclusivamente como intervenção do Estado na economia ou política econômica.

FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE reconhecem que as definições do Direito Econômico são vagas e controversas. Dentre essas, então, optam por uma que lhes parece mais precisa, que seria tradicional na doutrina germânica, e rejeitam concepções mais abrangentes, como, por exemplo, a de que o objeto do Direito Econômico seria um “conjunto de normas que conforma a economia e regulam seu processo” (2000, pp. 85-86).

Da mesma forma, PIMENTEL rejeita definições de Direito Econômico que considera genéricas (1973, p. 24), como aquela que aponta em Santiago Sabas ARIAS: “conjunto de normas que tem por objeto regular as relações humanas na medida em que sejam econômicas”, isto é, que visem a “satisfação de necessidades individuais e coletivas” (1964, p. 333).

Esses autores chegarão, então, a definição mais restrita de Direito Econômico como ramo do Direito que disciplina a intervenção do Estado na economia⁵².

Quero destacar, antes de prosseguir, o que se lê na própria doutrina do Direito Econômico quanto à essa distinção.

Elvira TALAPINA, em sua tese de Doutorado – uma extensa revisão bibliográfica da doutrina do Direito Econômico europeu –, sugere que não existe uma única concepção estrita e outra ampla, mas variadas, quando diz que se trata de uma distinção que se faz em um “plano geral”, que perpassa diversos autores.

Expõe, então, que: (i) a concepção estrita compreende o Direito Econômico como ramo jurídico novo, próprio ao Direito Público, relativo à intervenção direta do Estado na “vida econômica”, via estatização e empresas públicas, planejamento econômico, finanças públicas ou fixação de preços, por exemplo; (ii) já a concepção ampla compreende o Direito Econômico como regulamentação da vida econômica em geral, da “produção e circulação de riquezas”, como extensão do Direito Comercial e em cujo “coração” estão as empresas, seu funcionamento interno, sua relação com outras empresas e com o público em geral, compreendendo-se o Direito Econômico como uma nova forma de “interpretar o direito” e seus diversos ramos, mas não um novo ramo jurídico (Talapina, 2011, p. 41).

No mesmo sentido, segundo Thierry KIRAT, na concepção estrita o Direito Econômico é um ramo do Direito que permite e regulamenta a atuação direta do Estado sobre a economia; é um direito público, intervencionista e até autoritário. Já na concepção ampla, Direito Econômico é aquele relativo à organização e ao desenvolvimento econômico, que disciplina não só a atuação do Estado na economia, mas também a atuação da iniciativa privada e a atuação conjugada desta com o Estado; é um “espírito”,

⁵² Observo que, a despeito de insistirem em uma concepção restrita de Direito Econômico e DPE, FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE e PIMENTEL parecem alargar as finalidades do DPE para além da defesa da política econômica *stricto sensu*, até chegar às “instituições fundamentais” da “economia nacional no seu conjunto” (Figueiredo Dias & Andrade, 2000, p. 81) ou a quaisquer “bens ou interesses juridicamente relevantes” no “âmbito das relações econômicas” (Pimentel, 1973, p. 10). PIMENTEL, ao final, de fato se descola dessa perspectiva para admitir uma concepção mais ampla de DPE, para além de seu sentido estrito, o qual vincula a uma concepção igualmente estrita de Direito Econômico.

uma “noção qualificativa”, um “modo de apreender” ou “paradigma” disperso entre as regras de distintos ramos do Direito público ou privado (1998, pp. 1069-1070).

A despeito de nem todos autores mencionarem essa discussão sobre definições amplas ou restritas no Direito Econômico – como o fazem FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE ou TIEDEMANN, que veremos a seguir –, a doutrina do DPE a repercute, de forma geral, quando diferencia concepções amplas e restritas de “ordem econômica”.

Entre os autores que consultei, nesse sentido, é muito mais frequente que se adote como bem jurídico do DPE àquela concepção mais ampla – referida como conceito amplo de ordem econômica –, sem que seja descartada a concepção restrita. Fala-se, assim, de crimes econômicos no sentido amplo, que ofendem a ordem econômica *lato sensu*, e também em econômicos no sentido estrito, que afetam a ordem econômico *stricto sensu*.

Na linha dessas definições mais amplas e baseadas na noção de “ordem econômica”, ARAÚJO JUNIOR caracteriza esta última como bem jurídico supraindividual que “se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais” (1995, p. 36).

GULLO define o delito econômico como a conduta que é “empreendida dentro do campo da atividade econômica” e que fere sua “ordem indispensável”, englobando as violações “das liberdades e regulamentos econômicos”, “por cima do patrimônio individual”. Não é que o DPE desconsideraria o interesse individual, mas sim que o protegeria apenas de forma indireta, tutelando predominantemente interesse público. Ressalva, porém, que “é preferível falar-se de ordem econômica simplesmente”, pois ela incorpora tanto interesses públicos quanto privados, o que pode ficar esquecido quando se fala tão somente em ordem pública econômica (Gullo, 2005, p. 6).

O autor endossa a definição de Hans Heinrich JESCHECK para o delito econômico, que seria “conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra os ramos ou instituições importantes desse conjunto” (Jescheck, 1963). Destrinchando essa definição, GULLO compreende que a repressão ao delito econômico significa a punir as condutas que “... lesionam e interrompem o desenvolvimento normal das relações econômicas e que em uma ou outra [na esfera pública ou na esfera privada]

destroem as fontes de riquezas e o patrimônio econômico de uma nação.” (Gullo, 2005, p. 5).

PEREIRA DOS SANTOS, igualmente partindo do bem jurídico relacionado ao delito econômico para defini-lo, compreende aquele bem jurídico como um fato supraindividual, relativo a valores vinculados ao bem comum, que é a ordem jurídica econômica (Pereira dos Santos, 1981, p. 98), definida a partir do interesse econômico do Estado, mas entendido como interesse supraindividual e da coletividade, e não como busca de proveito pecuniário, e ainda que diga respeito à criação e à repartição da riqueza (Pereira dos Santos, 1981, pp. 103-104).

Perceba-se, nesses autores, que o DPE alcança mais do que a política econômica *stricto sensu*, a intervenção do Estado na atividade econômica, atingindo o vasto campo da “produção, circulação e distribuição da riqueza” (Araújo Júnior), das “liberdades e regulamentos econômicos” (Gullo) e do “interesse econômico” da coletividade na “criação e repartição da riqueza” (Pereira dos Santos).

O que se entende por acepção ampla, porém, também varia na doutrina do DPE e há pelo menos três versões diferentes dessa distinção, embora não sejam conflitantes: (i) uma que se lê em PEREIRA DOS SANTOS e nos autores a que ele se refere; (ii) outra em ARAÚJO JÚNIOR; (iii) e uma terceira, finalmente, que aparece em RÉGIS PRADO.

PEREIRA DOS SANTOS vai buscar essa distinção na doutrina alemã, de Klaus TIEDEMANN.

Em TIEDEMANN, o delito econômico, para ser qualificado como tal, deve estar relacionado à economia e atingir *bens jurídicos* supraindividuais (Tiedemann, 1983, pp. 61-62). A acepção restrita do delito econômico engloba as infrações às normas que regulam a intervenção do Estado na economia e a acepção ampla engloba as infrações a “normas que regem a produção, fabricação e distribuição de bens econômicos” (1983, p. 67). Segundo o autor, elas correspondem, respectivamente, a acepções restritas e amplas do objeto do Direito Econômico.

As infrações à “intervenção do Estado na economia” – ou “política econômica”, ou ainda “direção da economia pelo Estado” – compreendem, especificamente, as infrações aos regulamentos de preço, de controle de entrada e saída de capitais e divisas,

de comércio aduaneiro e de tributos, esses quando para dirigir a atividade econômica dos particulares no sentido do planejamento estatal, pelo uso “extrafiscal” dos tributos, isto é, para além das finalidades de arrecadação de recursos (1983, p. 67).

Na acepção ampla de delitos econômicos o autor inclui aqueles que, no âmbito da “vida econômica”, protegem *bens jurídicos* supraindividuais, ainda que simultaneamente a *bens jurídicos* individuais, como seria o caso de delitos contra os consumidores e a concorrência, e de qualquer delito contra a “polícia econômica” (e não “política econômica”), *i.e.*, a “proteção contra o perigo econômico” (e não a direção da economia pelo Estado). Além dos delitos contra consumidores e concorrentes, abrange, por exemplo, delitos que violam disposições legais sobre comércio de alimentos e medicamentos ou que protegem o meio ambiente e os trabalhadores (Tiedemann, 1983, pp. 61, 67-68).

Finalmente, TIEDEMANN considera também os delitos patrimoniais clássicos como delitos econômicos, na acepção ampla destes quando: (i) sejam cometidos contra vítimas supraindividuais (v.g. bancos, companhias de seguros e entes estatais); ou, ainda que contra vítimas individuais, quando forem (ii) cometidos por meio do abuso de “instrumentos e instituições econômicas” (v.g. sabotagem de computadores, fraudes com cheques e outros títulos de câmbio, publicidade desleal, fraudes com balanços e outros documentos contábeis etc.). Mesmo que, a princípio, sirva à proteção de patrimônios individuais, nesses casos, de forma “incidental e auxiliar”, a punição dessas condutas serve também à proteção de interesses patrimoniais supraindividuais, correspondente aos interesses individuais (das vítimas) reunidos naquelas entidades coletivas, ou ao interesse difuso dos agentes econômicos na integridade daqueles instrumentos como cheques e balanços contábeis (Tiedemann, 1983, pp. 66-68).

Na distinção ampla de TIEDEMANN, como se vê, só entra o Direito Penal patrimonial clássico se ele afetar bens jurídicos supraindividuais, o que pode ocorrer de forma incidental ou auxiliar.

Já em ARAÚJO JÚNIOR e Heleno Cláudio FRAGOSO, considera-se que na acepção ampla do DPE também está incluído o Direito Penal patrimonial, pois igualmente trata de um bem jurídico típico das relações econômicas, *i.e.* o patrimônio (Araújo Júnior, 1995, pp. 37-38; Fragoso, 1987). Noto que esses autores não exigem, por sua vez,

qualquer supraindividualidade dos efeitos dos crimes patrimoniais para incluí-los no DPE. Aliás, o que implicitamente consideram como acepção restrita já é o que outros entendem como acepção ampla, isto é, crimes contra a ordem econômica *latu sensu*. Relativamente a estes outros autores, portanto, é “amplíssima” a concepção que fazem do DPE, ao incluir nele a proteção do patrimônio individual. Porém, ambos consideram que, a despeito de integrarem o DPE, os crimes patrimoniais não seriam “crimes econômicos”. Dessa forma, a concepção que fazem do DPE é muito peculiar, isto é, não é simplesmente o conjunto de crimes econômicos, mas desses reunidos aos crimes patrimoniais.

Em REGIS PRADO, finalmente, as definições ampla e restrita de DPE estão imbricadas, na medida em que a segunda está incluída na primeira. Assim, o DPE, de forma geral, é a parcela do Direito Penal que protege bens jurídicos supraindividuais no “âmbito econômico”, entendido como “situações ou fatos econômicos de natureza geral” (Regis Prado, 2004, p. 28; N. do A. n. 5).

Conforme o autor, as acepções ampla e restrita do DPE correspondem a definições ampla e restrita de “ordem econômica”. A primeira, enquanto ordenação da economia pelo Estado, abrange “a intervenção estatal na economia”, mas também “a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo”. Já a segunda abrange, exclusivamente, a “regulação jurídica da intervenção do Estado na economia”. Nesse sentido, a primeira acepção de ordem econômica (*latu sensu*) abrange a segunda (*stricto sensu*) e ainda outras “ordens”, como a tributária, financeira, monetária, consumerista e concorrencial. Essas “ordens”, conforme o autor, correspondem a bens jurídicos específicos, que são diretamente atingidos pelos delitos econômicos a que estão relacionados. Já aquela ordem econômica *latu sensu* é um bem jurídico “genericamente considerado” ou “categorial” e que só indiretamente é atingido, através da lesão aos bens jurídicos específicos (Regis Prado, 2004, p. 27).

Partindo de uma noção ampla do bem jurídico ordem econômica, que, como em REGIS PRADO, serve para organizar e sistematizar a matéria, ARAÚJO JÚNIOR concede ao DPE extensa abrangência, nele incluindo delitos tributários, financeiros, fiscais, cambiais, falimentares, financeiros, relativos aos sistemas de processamentos ou comunicação de dados, à *dignidade, liberdade, segurança e higiene no trabalho*, aos abusos do poder econômico, à livre concorrência, à economia popular, às relações de

consumo e ao meio ambiente – o Direito Penal patrimonial entraria numa concepção de DPE ainda mais ampla, como vimos, para além dos crimes econômicos –. Nesse sentido, a ordem econômica seria apenas o “gênero” que abriga essas distintas classes de crimes (Araújo Júnior, 1995, pp. 39-40).

Essas distintas classes de crimes, em autores que adotam uma definição restritiva de DPE, estão excluídas do seu alcance.

Em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, por exemplo, o DPE se diferencia do Direito Penal Patrimonial, do Direito Penal Comercial e do Direito Penal Fiscal, em face de um “corte vertical” que marca “fronteiras com sectores do ordenamento jurídico que não reivindicam o qualificativo de *económico*” (2000, p. 68). Nesses termos, o DPE é compreendido como extensão ou variação penal do Direito Econômico – entendido este como intervenção do Estado na economia –.

Esse critério permite estabelecer um “*núcleo* fundamental e geralmente reconhecido” pela maioria dos autores, que FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE ilustram, por exemplo, com a tutela penal da regulamentação de preços, de subvenções e do comércio externo, embora não impeça controvérsias à margem desse núcleo, a respeito de matérias cuja inclusão no DPE não é pacífica. Em todo caso, baseando-se nesse critério restritivo, consideram um exagero, por exemplo, incluir o Direito Penal patrimonial clássico no DPE e entendem que os crimes relacionados à proteção da concorrência só integram o DPE “enquanto defesa da instituição como tal”, mas não enquanto proteção dos interesses dos demais concorrentes, pelo que o DPE não abarcaria os delitos de concorrência desleal (Figueiredo Dias & Andrade, 2000, p. 87).

Na mesma linha, PIMENTEL distingue: (i) o DPE como proteção penal da política econômica; (ii) o Direito Penal Financeiro como proteção da política financeira do Estado – *i.e.*, relativa à receita e à despesa públicas, ao orçamento público –; (iii) o Direito Penal Fiscal ou Tributário enquanto como proteção da arrecadação dos tributos. E o autor ainda distingue do DPE os crimes contra a economia popular, da Lei n. 1.521/1951, que estariam ligados à proteção do patrimônio, embora de um indefinido número de pessoas (1973, pp. 17-19). Assim, o DPE compreende, especificamente, delitos relacionados a seu objetivo primordial, que é a proteção de “bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado”, delitos tais como os previstos nas leis

penais antitrustes, nas que preveem crimes contra instituições financeiras ou contra o mercado de capitais.

Ao final, porém, PIMENTEL também sustenta que o DPE, num sentido amplo, englobaria aqueles crimes. Mas isso só na medida em que, indiretamente, contribuam com a proteção da política econômica estatal (Pimentel, 1973, pp. 19-24). Dessa forma, concluo, o que ele afinal rejeita não é uma concepção ampla do DPE, mas de qualquer outra que não esteja centrada na ideia de política econômica.

B. Síntese e problematização das definições jurídicas

Em resumo, enfim, quais são os elementos fundamentais das definições jurídicas de crime econômico ou Direito Penal Econômico (DPE)? Procurando identificá-los a partir dos elementos comuns às definições acima, crimes econômicos são aquelas que atingem algum bem jurídico – v.g. direito, interesse, valor etc. – supraindividual relacionado à economia.

O caráter econômico da atividade, vale ressaltar, nem sempre é expressamente mencionado, mas está no mínimo implícito nessa definição. Na definição restrita, por exemplo, crime econômico é aquele que fere o bem jurídico “política econômica” (Pimentel, 1973) ou “ordem econômica” compreendida como o conjunto de normas que “traduz juridicamente” a política econômica (Figueiredo Dias & Andrade, 2000). Como esta é, justamente, a intervenção estatal na economia, só pode significar que a conduta criminalizada está situada no âmbito da economia, objeto da intervenção do Estado. Na acepção ampla, por sua vez, o caráter econômico suposto na atividade criminalizada é implicado pelo mesmo raciocínio; muda o bem jurídico que importa. Em vez coincidir com a política econômica, agora o bem jurídico, ou bens jurídicos, são todos aqueles que podem ser inferidos da regulamentação jurídica das atividades econômicas.

A característica econômica da atividade criminosa não basta, entretanto, para classificá-la como crime econômico. Não é o fato de o crime ser cometido no ambiente empresarial, por empresários ou com a finalidade de lucro, por exemplo, que o caracteriza como crime econômico. Partindo da finalidade de lucro, apenas, chegar-se-ia à conclusão de que qualquer crime patrimonial, ou a prostituição, o tráfico e o jogo, por exemplo, seriam crimes econômicos, como concluiu CASTELO BRANCO (1982). Mas, para os

autores que partem de definições exclusivamente jurídicas, aquelas são apenas características criminológicas gerais do crime econômico, e não elementos de sua definição. E, por alguma razão, a definição jurídica de que partem exclui da abrangência dos crimes econômicos, por exemplo, esses que CASTELO BRANCO considera como tais a partir de uma definição “não jurídica”.

Nesse sentido, mesmo entre os que sustentam uma definição jurídica ampla para crime econômico, não se considera econômico qualquer crime situado na intersecção entre economia e Direito Penal, ou entre economia e criminalidade. ARAÚJO JÚNIOR (1995) e FRAGOSO (1987), por exemplo, até consideram que os crimes patrimoniais integram o DPE, mas não enquanto crimes econômicos, porque não atingiriam o bem jurídico supraindividual “ordem econômica”. Em PEREIRA DOS SANTOS (1981) ou TIEDEMAN (1983; 1995), que da mesma forma acolhem a definição jurídica ampla, os crimes patrimoniais são considerados crimes econômicos apenas e quando atingirem também interesses supraindividuais, para além do patrimônio individual.

A “supraindividualidade” parece esclarecer, portanto, a razão pela qual juridicamente não se consideram econômicos boa parte daqueles crimes que, como os patrimoniais, podem ser qualificados como tais do ponto de vista “não jurídico”, criminológico ou econômico. Mas não esclarece, porém, porque crimes como o tráfico de drogas – relativos ao bem jurídico supraindividual “saúde pública” –, e cujo caráter econômico parece evidente, são excluídos da abrangência do DPE.

Quando se parte de definições restritas, um crime como o tráfico de drogas é excluído do DPE pela mesma razão que dele também são excluídos crimes econômicos *lato sensu*. Em FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE (2000), por exemplo, só entram no DPE crimes que atingem o bem jurídico a “ordem econômica” entendida como conjunto de normas que “traduz juridicamente” a política econômica, a intervenção estatal na economia.

Essa distinção entre acepções restrita e ampla acompanha a que existe na doutrina do Direito Econômico, embora nem sempre se faça referência a ela. Retome-se: (i) na acepção restrita, o Direito Econômico é o ramo “novo” do Direito público, constituído na primeira metade do século XX para disciplinar a intervenção autoritária e imediata do Estado na economia (v.g. estatizações, planejamento centralizado, fixação de preços etc.);

(ii) na acepção ampla, é a regulamentação jurídica da atividade econômica em geral (v.g. “produção e circulação de riquezas”, “organização e desenvolvimento econômico”), transversal a todos os ramos do Direito, novos ou não, e disperso entre eles, disciplinando não apenas a atuação econômica do Estado, mas dos particulares entre si ou entre esses com aquele (Talapina, 2011, p. 41; Kirat, 1998, pp. 1069-1070).

Enquanto que, na acepção restrita, incluem-se os crimes contra a política econômica, *i.e.*, a direção da economia pelo Estado ou a intervenção estatal na economia (v.g. regulamentos de preço, controle de divisas, controle de importações e exportações etc.), na acepção ampla incluem-se os crimes contra a “polícia” econômica – a regulamentação da economia contra o “perigo” econômico (Tiedemann) –, contra a regulamentação jurídica da “produção, circulação e distribuição” da “riqueza” (Araújo Júnior) ou dos “bens econômicos” (Tiedemann); contra as “liberdades e regulamentos econômicos” (Gullo) ou contra o “interesse econômico” da coletividade na “criação e repartição da riqueza” (Pereira dos Santos).

Que na acepção restrita exclua-se do DPE o tráfico, então, é uma consequência lógica de somente considerar-se “econômico” o crime que viola a intervenção estatal na economia, entendida com aquele sentido. Como o Estado não “intervém” na economia do tráfico (não regulando preços, por exemplo), assim como não “intervém” na economia (não ao menos diretamente) quando simplesmente garante a propriedade de bens móveis, é tão lógico que ele não seja considerado um crime econômico quanto também é lógico que um crime de furto não o seja.

Porém, quando se adota uma definição ampla de crime econômico, nada parece justificar que se exclua de sua abrangência um crime como o tráfico. Afinal, as definições amplas incluem, por exemplo, os crimes contra os consumidores ou contra o meio ambiente; crimes contra a regulamentação de alimentos e medicamentos; e, eventualmente, como vimos, até mesmo crimes contra o patrimônio. Mas por que não o tráfico?

Uma solução, então, seria em nome da maior precisão das definições restritas, e simplesmente por isso, rejeitar as definições amplas, que é justamente o que fazem FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE, por entenderem que só nesse sentido limitado a ordem econômica poderia servir de bem jurídico, *i.e.*, com a precisão que entendem

necessária para cumprir essa função de bem jurídico (2000, pp. 81-82, 84). Entretanto, vimos que os autores que adotam uma definição ampla não rejeitam a definição restrita. Eles apenas vão além, sem negá-la. Nesse sentido, definições amplas e restritas não competem, não se excluem.

A par de qualquer discussão sobre quão bem definido deve ser algo que se coloque na função de bem jurídico – o que foge a meus objetivos discutir –, o fato é que a definição restrita, quando analisada de um ponto de vista sociológico e econômico, revela-se dependente de uma noção muito estreita e ambígua do que seja “intervenção” do Estado na economia; daí também ela ser imprecisa, ainda que em menor medida, como admitem inclusive FIGUEIREDO DIAS & ANDRADE (2000, p. 87).

Ela compartilha, nesse sentido, de um dos “mitos” do Direito Econômico de que fala Fernando AGUILLAR: a ideia de que a intervenção do Estado na economia é aquilo, e só aquilo, que passou a acontecer na primeira metade do séc. XX (2012, p. 11). Daí a associação do DPE com o Direito Econômico *stricto sensu*, mas não com o Direito Civil ou Comercial, por exemplo.

A intervenção do Estado na economia é considerada “intervenção” porque nesse caso, ele atuaria em um domínio que, em princípio, não lhe pertenceria. O que lhe pertence ou não, entretanto, não é dado por um critério “pré-jurídico”, mas definido pelo próprio Direito positivo, que estabelece a quem, em princípio, compete desempenhar certa atividade – se ao Estado ou aos particulares (Grau, 2017, pp. 68-69).

A meu ver, essa reflexão coloca em xeque, portanto, a própria ideia de “intervenção”, que só pode ser salva caso se conceba que exista um direito natural dos particulares a um campo determinado de atividades econômicas, ou a exercerem-na livre de qualquer “intervenção”.

Mesmo nesse caso, porém, ainda seria necessária a atuação do Estado para garantir os direitos de propriedade, a liberdade contratual e a concorrência. Nada disso é dado de forma “espontânea” ou “natural”, em uma realidade “pré-jurídica” (Grau, 2017, pp. 68-75). A diferença em relação ao dito “intervencionismo” é que, desta vez, o Estado teve e tem de “intervir para não intervir”, usando aqui a descrição que Boaventura de Souza

Santos faz dos Estados liberais no séc. XIX, quando estes “interviram” energicamente em prol da criação e ampliação de mercados e seus mecanismos concorrenciais (1990, p. 22).

Em linha com esses questionamentos, pergunto ainda: por que razão há de se considerar que o tabelamento de preço e a estatização são formas de “intervenção” do Estado na economia, mas não a proibição de comercializar e consumir um bem, como as drogas? A meu ver, esta é claramente uma “intervenção” muito mais radical que aquela.

Um ponto em favor das definições amplas, nesses termos, é que elas consideram relevante toda a regulamentação das atividades econômicas pelo Estado e, desse modo, não se vinculam, a não ser residualmente, à estreiteza e ambiguidade da ideia de “intervenção” que é central na definição restrita.

Porém, quanto a essas, cabe questionar por que, apesar de seus próprios critérios abrangentes, não admitem que quaisquer crimes com um caráter econômico pertençam ao DPE – como os patrimoniais, o tráfico, a prostituição, o jogo etc.

O argumento da supraindividualidade, como vimos, explica por que parcela dos crimes patrimoniais, apenas, é incluída no DPE. Mas não explica por que o tráfico e aqueles outros crimes não são incluídos. Ora, o tráfico de drogas é tipicamente atividade econômica, no sentido de que consiste na produção, distribuição, circulação e consumo de bens econômicos (ilícitos). E a legislação deixa claro que, nesse caso, a criminalização protegeria interesses supraindividuais, relativos à saúde pública⁵³. Fica absolutamente sem explicação, portanto, deixar de incluí-lo no DPE.

Além disso, o argumento da supraindividualidade, que exclui do DPE boa parte dos crimes patrimoniais, é muito irrealista. Como é que se pode dizer que o furto ou o roubo ao patrimônio individual não estejam, nem indiretamente, ligados a interesses supraindividuais? Ora, a julgar pelo número de pessoas presas por crimes patrimoniais no Brasil – a imensa maioria delas, provavelmente, por agressões nada sofisticadas ao patrimônio individual –, e comparando-o a ao número de presos por crimes econômicos

⁵³ No “Título VIII – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública” do Código Penal, por exemplo, encontra-se o “Capítulo III – Dos Crimes contra a Saúde Pública”, onde localizava-se, no art. 281, o crime de “Comércio, Posse ou Uso de Entorpecente ou Uso de Substância que Determine Dependência Física ou Psíquica”, até ser revogado pela Lei n. 5.726/1971, diploma que foi substituído por outros, sucessivamente revogados, até ser promulgada a Lei n. 11.343/2003, que atualmente disciplina a matéria.

(não incluídos, aqui, possíveis crimes patrimoniais que se poderia considerar econômicos), os crimes patrimoniais ofendem interesses supraindividuais muito mais do que estes.

Estimando de forma conservadora – *i.e.*, na dúvida, reduzindo o número de presos por crimes patrimoniais e superestimando o de presos por crimes econômicos –, com base em dados de junho de 2016, conclui-se que havia no mínimo 46 presos por crimes patrimoniais para cada preso por crime econômico entre a população carcerária brasileira (cujo motivo da prisão era conhecido); os primeiros representando 44% por cento do total dos presos e os segundos menos de 1% dessa mesma amostra⁵⁴. Essa discrepância não deve surpreender; há muito a denúncia dessa disparidade é lugar comum na criminologia. Esse dado sociológico, em suma, revela como é equivocado ignorar o interesse supraindividual na conservação de determinado bem tão somente porque ele é titularizado, juridicamente, por um indivíduo.

Com um raciocínio semelhante a esse, aliás, TIEDEMANN inclui no DPE os crimes patrimoniais que, pelo seu “modo de execução”, consistirem no abuso de “instrumentos ou instituições da vida econômica” (v.g. cheques e balanços contábeis, por exemplo), “instrumentos” cuja integridade ou higidez é do interesse supraindividual porque viabilizam o funcionamento da economia (1983, pp. 66-68). Não haveria, então, de incluir também qualquer crime patrimonial? Mesmo que afete apenas a propriedade de um indivíduo, o crime afetará um “instrumento” essencial para o funcionamento da economia. Nesse sentido, Eros GRAU, quando cuida da definição da ordem econômica a partir da doutrina do Direito Econômico, trata da propriedade como pilar elementar dessa “ordem”, juntamente à liberdade contratual (2017, p. 69), duas instituições que os crimes patrimoniais desafiam. Por que isso não haveria de autorizar sua qualificação como “crimes econômicos”?

No próximo Capítulo, analisando a definição jurídica do ponto de vista econômico e comparando-a às diferentes perspectivas que, na criminologia e na literatura econômica,

⁵⁴ Conforme dados do INFOPEN/DEPEN, do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal, para junho de 2016, disponibilizado em dezembro de 2017. De acordo com a Tabela 17 do levantamento, 278.809 pessoas estavam presas por crimes patrimoniais, não incluídos crimes patrimoniais não especificados ou referidos como “outros”, e cerca de 5.988 por crimes econômicos, aqui incluídos todos os crimes listados contra a Fé Pública (4.237), a Administração pública (544+1051) e o Meio Ambiente (156), dentre 620.583 pessoas presas (2017, pp. 40-43).

estudaram a relação entre crime e economia, creio que seja possível explicar por que razão, afinal, não se incluem entre os crimes econômicos a totalidade dos crimes patrimoniais e de crimes relacionados a mercados ilegais, como o tráfico, a prostituição e o jogo.

Capítulo 6 – O tipo de relação “economia-crime” suposto na definição jurídica

Conforme resumi no último tópico do Capítulo anterior, partindo dos elementos comuns aos autores que consultei, concluí que eles definem crime econômico como aquele que atinge algum bem jurídico – v.g. direito, interesse, valor etc. – supraindividual relacionado à economia.

O objetivo, agora, é analisá-la do ponto de vista econômico e também situá-la em relação àquelas diferentes perspectivas do estudo econômico do crime. Isso permitirá esclarecer as razões que a levam a excluir do seu âmbito, por exemplo, boa parte dos crimes patrimoniais e crimes relacionados a mercados ilegais.

São três as perspectivas epistemológicas de estudo econômico do crime na criminologia e na literatura econômica, como elenquei anteriormente: (i) a economia como causa de crimes; (ii) a economia como objeto em meio ao qual se situam crimes a serem estudados; (iii) e a economia como método de estudo do crime.

Evidentemente, o DPE foge à última perspectiva. Quando qualifica um crime como econômico, não o é porque o submete a um método econômico que emprega para estudar essa classe de crimes. Nesta perspectiva em que a economia é um método de estudo, aliás, nem faz sentido classificar alguns crimes como econômicos em contraposição a outros que seriam “não-econômicos”, como o faz o DPE. O método econômico, no sentido a ele atribuído por BECKER (1990 [1968]) e que vimos acima, aplica-se ao estudo de absolutamente qualquer crime, sem segregá-los em econômicos e “não econômicos”, ou tampouco como ora mais ora menos econômicos.

Resta, então, as perspectivas da economia como causa ou como objeto.

Na primeira dessas duas, a economia é empregada para explicar por quais razões “econômicas” um crime é cometido. Indago, então, se não seriam os crimes econômicos (no sentido jurídico) justamente aqueles que, segundo tal perspectiva, possuem causas econômicas.

A explicação econômico-causal subdivide-se em dois tipos de explicação. Em um deles, é uma explicação bastante ampla, que serve para explicar, ao menos indiretamente,

a criminalidade em geral. Em outro, a economia é compreendida como causa direta e preponderante de certos crimes.

Valendo-se do primeiro tipo de explicação econômica, BONGER entende, por exemplo, que o capitalismo produz um egoísmo generalizado nas pessoas e, este egoísmo, por sua vez, favorece a criminalidade como um todo (1905, pp. 437, 458). FERRI, igualmente, faz raciocínios análogos, apontando que a economia pode não explicar diretamente crimes violentos, por exemplo, mas explica as causas diretas desses últimos, como o alcoolismo que, segundo o autor, é fruto do trabalho estafante e da produção industrial em larga escala do álcool (1900, pp. 404-411).

Os crimes econômicos no sentido jurídico certamente não são como esses que, em FERRI ou BONGER, admitem uma explicação econômico-causal remota, indireta, e que potencialmente aplica-se a qualquer crime. Eles são juridicamente definidos, afinal, como uma classe específica de crimes, e não como potencialmente quaisquer crimes.

Talvez coincidam, porém, com aqueles crimes que se sujeitam ao segundo tipo de explicação econômico-causal. É nesse sentido, por exemplo, que BONGER se refere a “crimes econômicos”, *i.e.*, assim definidos porque suas causas imediatas e preponderantes são econômicas, e que autor sintetiza na pobreza e na ganância (1905). FERRI, embora não faça uma distinção como essa, também ressalta que fatores econômicos – *v.g.* miséria, pobreza, vício pela riqueza etc. – desempenham um papel mais relevante na explicação de certos crimes do que em outros (1900).

Os crimes econômicos definidos juridicamente, entretanto, são inconfundíveis com os “crimes econômicos” de que fala BONGER ou com qualquer coisa análoga a esses em FERRI. Nesses autores, tais crimes são tão abrangentes que incluem absolutamente qualquer um cujas causas ou motivos sejam destacadamente econômicas, até mesmo homicídios mediante paga e latrocínios, por exemplo, os quais nem remotamente se considera incluir nos crimes econômicos definidos juridicamente.

Noto, aliás, que a doutrina sequer exige, para definir juridicamente o que é ou não crime econômico, que esse seja cometido necessariamente por motivos econômicos. É verdade que lhe atribui esses motivos, quando trata de caracterizá-lo pela criminologia;

mas o que importa para a definição jurídica, enfim, é característica econômica da atividade considerada, e não exatamente dos motivos.

Finalmente, com relação às perspectivas que analisei anteriormente, cabe indagar se os crimes econômicos do DPE não seriam, como os crimes do colarinho branco em SUTHERLAND, certos crimes que são cometidos em meio à economia compreendida como um objeto – um campo determinado de atividades sociais –, que empresta seu qualificativo “econômico” a eles.

Entendo que é exatamente isso o que explica porque os crimes “econômicos” são definidos juridicamente com esse qualificativo. E não poderia ser diferente. A “economia” que o Estado regula ou na qual intervém – como se supõe, respectivamente, na acepção ampla e na acepção restrita de crime econômico – é necessariamente pressuposta como um campo ou conjunto determinado de atividades sociais que podem ser qualificadas como econômicas.

Esse objeto “economia”, porém, não é algo cuja definição esteja dada por um critério óbvio, puramente objetivo e preciso; aliás, como fica claro na discussão de ROBBINS (1945), que vimos acima⁵⁵, é impossível delimitá-lo inequivocamente. Tanto é assim que o objeto “economia” a que se refere SUTHERLAND é um, e outro é aquele a que se refere o DPE.

Os crimes econômicos diferem em dois pontos da definição de SUTHERLAND para o crime do colarinho branco, cujo elemento principal – como antes expus – é o fato de se tratar de *qualquer* crime cometido *no exercício e em função de atividade profissional*, aí incluída a profissão de empresário.

Primeiro que, os crimes econômicos não incluem *qualquer* crime praticado no exercício de atividades profissionais, mas somente aqueles crimes que ofendam a determinados bens jurídicos, entre os quais não se inclui o homicídio, por exemplo, mesmo quando cometido por um patrão contra grevistas, para dissuadir uma greve – caso que SUTHERLAND cita como exemplo de crime do colarinho branco.

⁵⁵ No Subtítulo 3.1.

Os bens jurídicos que importam para o DPE são a ordem econômica como “tradução” em normas jurídicas da intervenção do Estado na economia (acepção restrita), ou todos aqueles que podem ser inferidos da regulamentação jurídica da economia (acepção ampla). Assim, são bens jurídicos estabelecidos ou reconhecidos especificamente em meio a atividades econômicas. Noutras palavras, são bens jurídicos tipicamente da economia, ou econômicos.

E segundo que, à diferença dos crimes do colarinho branco, não se restringe os crimes econômicos àqueles cometidos necessariamente no exercício de atividades econômicas *profissionais*. Assim, admite-se que sejam cometidos no exercício de atividades econômicas *não profissionais*; atividades que, a despeito dessa característica, por alguma razão podem ser consideradas econômicas, como é o caso, por exemplo, dos crimes cometidos por contribuintes pessoas físicas que sonegam imposto de renda ao fisco (Lei n. 8.137/1990) ou por quem viaja para exterior, a passeio, com soma de moeda acima da cota autorizada (Lei n. 7.492/1986).

O que particulariza esse âmbito de atividades econômicas a que se refere o DPE? A resposta a essa questão, a meu ver, encontra-se expressa nas definições amplas, quando se diz que abrange todos os crimes que violam a regulamentação jurídica da “produção, circulação e distribuição” da “riqueza” (Araújo Júnior) ou dos “bens econômicos” (Tiedemann).

Note-se, então, que o critério fundamental para definir o objeto “economia” é um tipo de atividade que, por sua vez, define-se pela referência a um tipo de bem, *i.e.*, aquele que pode ser qualificado como “econômico”.

Conforme a análise que fiz de ROBBINS (1945), o caráter “econômico” de um bem não resulta do fato de ele ser tangível ou material, nem do tipo de necessidade que satisfaz (se moral ou imoral, se fisiológica ou imaginária, se egoísta ou altruísta) e tampouco se é usualmente estimado em dinheiro ou não, *i.e.*, se lhe é atribuído comumente um valor monetário ou não. Esse valor, aliás, é apenas uma consequência de ser negociado em mercado, no qual, ademais, empregue-se dinheiro como meio de troca. Acrescento, ainda, que também não importa se o bem é lícito ou ilícito, se o Estado e o Direito reconhecem como legítima a sua propriedade ou não. O que fundamentalmente

define como “econômico” um bem é apenas a sua escassez e a possibilidade de empregá-lo em diferentes fins.

Nesses termos, qualquer atividade cujo fim seja produzir, circular, distribuir ou consumir um bem econômico assim entendido será também ela uma atividade econômica. Mas o DPE, obviamente, não vai tão longe.

Se admitisse essa conclusão até as últimas consequências, por exemplo, não haveria porque excluir dos “crimes econômicos” o homicídio, que seria encarado como um serviço (bem intangível) como qualquer outro, tão escasso quanto os bens necessários a sua produção (tempo, armas etc.), normalmente levada a cabo pelo próprio interessado, e eventualmente contratada por um determinado preço. A produção de homicídios, como de possivelmente qualquer outro crime, seria considerada uma atividade econômica e, assim, incluída no DPE.

Os “crimes econômicos”, contudo, na medida em que constituem uma classe específica e separada de crimes cuja característica especial é o qualificativo “econômico”, pressupõem um ou outro critério que os distinga de crimes “não econômicos”. Quais seriam tais critérios?

6.1. O significado implícito de “econômico” nos “crimes econômicos”

A meu ver, existe um critério implícito, embutido na própria noção de economia que se pressupõe, e que mais adequadamente explica por que os autores incluem ou não determinados crimes no DPE, a despeito do caráter econômico de alguns delitos que são excluídos. Não é um critério infalível, mas o julgo mais adequado que o da supraindividualidade mencionado pela doutrina.

Para expor qual é este critério, quero dividir o raciocínio em duas etapas, primeiro estabelecendo o que é a “economia” a que se refere o DPE e, em seguida, como esses crimes se relacionam com ela.

O objeto “economia” subjacente ao DPE, pelo que se pode inferir da doutrina, a meu ver, é dado a partir de dois critérios. Tal “economia” é a que abrange atividades referentes a bens econômicos que “normalmente” possuem um valor de troca ou monetário, porque regularmente negociados em um mercado, e que, ademais, são

considerados lícitos – o que facilita que sejam negociados frequentemente em mercado—. O valor de troca é praticamente sinônimo de valor monetário nas sociedades capitalistas contemporâneas, já que trocas diretas (escambo) são muito raras. E a licitude dos bens é o fato de o Direito reconhecer como legítima a sua propriedade. Dessa forma, a economia a que se refere o DPE é conjunto de atividades referentes bens que usualmente possuem um valor monetário e cuja propriedade é juridicamente legítima/lícita.

Um crime como homicídio, portanto, fica de fora dos crimes econômicos pelos dois motivos acima: nem é regularmente negociado em mercado, nem é um bem (serviço, bem intangível) cuja propriedade o Direito reconheça como legítima, a ponto de permitir, por exemplo, que quem o tenha o executado mediante promessa de pagamento possa executar o contrato, se não receber o preço do contratante.

Já um crime como o tráfico de drogas, porém, fica de fora dos crimes econômicos por conta do segundo critério, apenas. Há claramente um mercado para as drogas e, conseqüentemente, um valor monetário que, de tão regular, é até mesmo monitorado por órgãos oficiais⁵⁶. Nada obstante, como são bens cuja propriedade o Direito não reconhece, a atividade econômica “tráfico de drogas” fica de fora dos crimes econômicos.

Em uma segunda etapa, agora, é preciso considerar o seguinte. Todos os crimes, tanto quanto o tráfico de drogas, referem-se a bens ilícitos, que são os produtos do crime. Porém, alguns crimes, quando cometidos, o são necessariamente em meio às atividades referentes a bens lícitos. Crimes concorrenciais ilustram perfeitamente a que crimes estou me referindo, afinal o Estado e o Direito não protegem a concorrência em mercados ilícitos como o que corresponde ao tráfico de drogas, onde não há punições para cartéis, prática de preços predatórios, concorrência desleal etc. Crimes concorrenciais, nesse sentido, por definição são cometidos em meio a atividades econômicas lícitas.

Sintetizando raciocínio, enfim, crimes econômicos são aqueles que, quando cometidos, necessariamente o são em meio a atividades econômicas lícitas,

⁵⁶ Nesse sentido, vide o Relatório da ONU para o mercado internacional de drogas em 2018 (United Nations Office on Drugs and Crime, 2018).

compreendidas essas como aquelas relativas a bens que normalmente possuem um valor de mercado/monetário e cuja propriedade o Direito reconhece como legítima/lícita⁵⁷.

Isso me parece bastante evidente em relação aos crimes econômicos *stricto sensu*. Nesse caso, crime econômico é a violação das normas que “traduzem juridicamente” a intervenção estatal na economia; leia-se, agora: naquelas atividades cuja licitude o Estado pressupõe para nelas intervir e implementar a política econômica, dirigindo a atividade econômica lícita dos particulares, pela definição de preços e quantidades compulsórias na negociação de determinados bens, estabelecendo tributos aduaneiros ou subvenções fiscais, preservando a concorrência nos mercados como um valor institucional etc., que são alguns exemplos mais ou menos comuns, entre os autores consultados, de crimes econômicos no sentido estrito (Tiedemann, 1983, p. 67; Pimentel, 1973, p. 22; Figueiredo Dias & Andrade, 2000, p. 87). Diversamente, o Estado não define preços ou quantidades para bens cuja negociação é ilícita, não tributa a importação de mercadorias proibidas, não subvenciona atividades econômicas ilegais e nem protege a concorrência no interior delas.

Não é diferente com os crimes econômicos definidos de forma ampla, a despeito de sua generalidade, e conforme a qual esses crimes seriam a violação da regulação jurídica da economia. O que muda, essencialmente, é que dessa vez se considera um campo maior de atividades econômicas lícitas como objeto do DPE, atividades que o Direito “regula” juridicamente porque reconhece sua licitude.

Considere-se os delitos tributários, por exemplo. A regra que lhes é subjacente, e cuja violação é punida, exige dos contribuintes que entreguem ao Estado, gratuitamente, uma quantidade de um bem (dinheiro) que o Direito reconhece como lícito. Além disso, por definição, somente se estabelecem tributos para atividades econômicas lícitas⁵⁸. Da mesma forma, os crimes contra os consumidores ou contra os trabalhadores, por exemplo,

⁵⁷ Há crimes que poderiam ser considerados econômicos nesse sentido, mas não o são porque a atividade em meio a qual necessariamente ocorrem, embora seja lícita, não é considerada econômica. Por exemplo, os crimes que ocorrem em meio atividades sexuais (v.g. perigo de contágio venéreo ou estupro), ou em meio às relações familiares (v.g. abandono material, violência doméstica). Conforme o art. 130 do Código Penal, “perigo de contágio venéreo” é basicamente “Expor alguém, por meio de relações sexuais a (...) contágio de moléstia venérea”. O abandono material, segundo o art. 244 do Código Penal, consiste, por exemplo, em “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho.

⁵⁸ É um lugar comum no Direito Tributário dizer que não importa a origem da renda, se lícita ou ilícita, pois isso não impede sua tributação (Baleeiro, 2007, p. 714). Considerando-se, porém, a previsão constante no art. 91, II, *b*, do Código Penal, a renda proveniente de atividades ilícitas, quando assim for conhecida pelo Estado, é tratada como “produto de crime” e, assim, haverá de ser “perdida” (confiscada), e não tributada.

punem a violação de regras estabelecidas para as atividades econômicas lícitas: os consumidores de bens ilícitos ou os trabalhadores (empregados) que os produzem, de regra, são considerados como criminosos tanto quanto seus fornecedores ou patrões, ou no mínimo excluídos de qualquer proteção legal.

O mesmo pode ser dito com relação aos crimes falimentares, financeiros, cambiais ou contra a economia popular, para ilustrar com outros exemplos de crimes econômicos *latu sensu* mencionado por ARAÚJO JÚNIOR (1995, pp. 39-40). Nesses casos, as regras subjacentes, cuja violação é criminalizada, foram estabelecidas para regular a falência das empresas lícitas, os mercados financeiro e cambial lícitos e a economia popular lícita.

Esse critério que estou sugerindo também explica por que apenas determinados crimes patrimoniais são considerados econômicos, mas outros não. De regra, a despeito de seu caráter econômico, tais crimes não são incluídos nos crimes econômicos, mesmo em uma acepção ampla, com o argumento de que não atingem bens jurídicos supraindividuais (Fragoso, 1987, p. 5; Araújo Júnior, 1995, pp. 37-38).

TIEDEMANN, porém, reconhecendo que crimes patrimoniais eventualmente atingem interesses supraindividuais, admite-os como crimes econômicos. Segundo o autor, retome-se, isso ocorreria em dois casos: (i) crimes patrimoniais que, pelo seu “modo de execução”, consistem no abuso de “instrumentos ou instituições da vida econômica”, prejudicando a credibilidade desses instrumentos e instituições, a qual interessa à toda coletividade; (ii) e crimes que, concretamente, significam uma ofensa ao patrimônio comum de diversos indivíduos, reunido em pessoas jurídicas como instituições financeiras (1983, pp. 66-68).

Em qualquer caso, os exemplos que TIEDEMANN oferece reduzem-se a expropriações imbricadas, imiscuídas, em atividades econômicas lícitas, em prol de maximizar vantagens nas relações estabelecidas em função dessas atividades. Nesse sentido, seus exemplos referem-se a expropriações que o ofensor comete contra seus clientes, fornecedores, concorrentes, sócios e acionistas ou quem quer que seja que mantenha com ele alguma relação econômica lícita simultânea à prática da expropriação. Perceba-se: a existência dessa relação econômica lícita é inerente aos crimes patrimoniais cometidos por abuso dos “instrumentos ou instituições da vida econômica”, que são essencialmente instrumentos lícitos (v.g. mediante falsificações contábeis ou de títulos de

câmbio, como cheques, manipulações do mercado de ações etc., que são exemplos de TIEDEMANN). E, embora não lhes seja inerente, essa relação está presente nos exemplos do autor para os crimes patrimoniais cometidos contra vítimas supraindividuais, como o crime de estelionato (“estafa”) ou crimes que consistam na administração infiel (“infidelidad”) do patrimônio alheio, cometidos em prejuízos de bancos, seguradoras, pessoas jurídicas de direito público etc. (1983, p. 67).

De forma geral, esses crimes patrimoniais considerados econômicos são expropriações fraudulentas, ardilosas, astuciosas, como o estelionato, que é o exemplo mais emblemático, e a apropriação indébita; consistem em expropriações que não são puramente clandestinas ou violentas, como o furto e o roubo, respectivamente; que, por sua natureza, situam-se necessariamente em meio a relações econômicas lícitas. Neste ponto, a definição jurídica recorda, como antes visto, a caracterização criminológica do delito econômico como tipicamente fraudulento; recorda ainda aquela sua definição “mista”, jurídica e criminológica, como “violação da confiança”. Por outro lado, diferindo disso, há toda uma série de crimes patrimoniais cujo cometimento não depende de relações próprias de atividades econômicas lícitas; são crimes como o furto e o roubo, ou análogos a esses. Essa parcela da criminalidade patrimonial, que é clandestina ou violenta, tende a ser excluída dos crimes econômicos.

Esse critério implícito – *i.e.*, sinteticamente, crimes cujo cometimento ocorre necessariamente em meio à economia lícita – determina, em geral, até onde a doutrina do DPE está disposta a relativizar o que, mesmo remotamente, configura crime contra a ordem econômica. É o que leva a doutrina a não considerar o tráfico como crime econômico, a despeito de seu caráter econômico óbvio e de atingir um bem jurídico supraindividual (saúde pública). É o que a leva a excluir, desse âmbito, senão todos os crimes patrimoniais, grande parte deles, a despeito do seu caráter econômico e de significarem ofensas à propriedade, uma das instituições cuja relevância “supraindividual” só pode ser negada muito forçadamente, pois é uma das mais elementares para a ordem econômica *latu sensu*, senão a mais elementar.

Quero frisar, enfim, que não o proponho como um critério infalível, mas apenas como mais adequado. Nesse sentido, designa uma “tendência”, não uma regra, o que está de acordo com o objetivo que orientou a investigação: descobrir um critério não para

substituir ou acrescentar às definições jurídicas de crime econômico, mas que sirva para elucidar definições existentes.

Assim, enquanto tendência, apenas, esse critério não explica todos os casos que os autores mencionam como crimes econômicos. Entre os crimes ambientais, por exemplo, que frequentemente os autores mencionam entre os crimes econômicos (Araújo Júnior, 1995, p. 155), há crimes cujo cometimento não ocorre necessariamente em meio a atividades econômicas lícitas, como o comércio proibido de espécimes da fauna e flora⁵⁹.

O critério proposto para elucidar a definição de crime econômico também explica por que é difícil delimitar precisamente a abrangência do DPE, o que os autores reconhecem à unanimidade. Primeiro porque, conforme vimos em ROBBINS (1945), acima⁶⁰, é praticamente impossível delimitar a “economia” em termos classificatórios, qualquer que seja o critério de classificação, inclusive este que é adotado implicitamente no DPE, *i.e.*, as atividades referentes a bens com valor de troca ou monetário, valor que não é uma característica intrínseca de qualquer bem, mas uma consequência de existir um mercado em que ele é regularmente negociado. E segundo porque será eventualmente muito difícil precisar onde começa ou termina a licitude de uma atividade econômica.

Sem prejuízo de voltar a trabalhar nesse critério futuramente, para aperfeiçoá-lo, por ora basta-me a ideia fundamental que ele revela, que é o DPE enquanto um Direito Penal pensado para combater crimes *na* (e em prejuízo *da*) economia lícita, tema que abordarei melhor a partir de agora.

6.2. Um Direito Penal para reprimir e prevenir danos à economia (lícita)

Considerando a definição jurídica iluminada por aquele critério que propus, a definição dos crimes econômicos pode ser desvinculada da função que se lhe atribui – à diferença do que se faz na doutrina, que vincula uma coisa à outra –. Em vez de se defini-los como crimes estabelecidos em função de proteger bem jurídicos supraindividuais relacionados à economia, serão entendidos como crimes cujo cometimento ocorre necessariamente em meio à economia lícita; e a função de sua criminalização, como agora

⁵⁹ Conforme a definição legal que perpassa os artigos 29 a 53 da Lei n. 9.605/98.

⁶⁰ Subtítulo 3.1.

veremos, de “proteção de bens jurídicos relacionados à economia” será interpretada como a de proteção da economia lícita, ou dos interesses próprios a esse campo.

É verdade que, na literatura, diversos “objetos” de proteção se antepõem à economia ou aos interesses econômicos propriamente ditos – “ordem econômica”, “política econômica”, “regulamentação jurídica” da economia –, de modo que se poderia dizer que não seria a economia ou os interesses econômicos, exatamente, o objeto de proteção, ou não diretamente, ao menos.

O fato é que os autores não se limitam a referir esses objetos mais abstratos e “juridicizados” como objeto de proteção do DPE. Em vez de apontarem que a criminalização decorre ou é necessária em face, meramente, da violação de uma regra jurídica que incide sobre a economia, apelam sempre para o fato de que a criminalização é feita em nome de um “bem maior”, que é proteger a economia, ou interesses da coletividade peculiares a campo econômico.

Nesse sentido, por exemplo, fala-se em proteção da “economia nacional no seu conjunto” (Figueiredo Dias & Andrade, 2000, pp. 81, 86); em proteção do “equilíbrio”, do “normal desenvolvimento” e da “integridade” da economia (Miranda Gallino, 1970, p. 25); em proteção do “funcionamento” da economia (Aftalión, 1969, p. 110); em proteção do “justo equilíbrio” na “distribuição da riqueza entre os grupos sociais” (1995, p. 36); em proteção do “desenvolvimento normal das relações econômicas”, das “fontes de riquezas” e do “patrimônio econômico de uma nação” (Gullo, 2005, p. 5); em proteção do “interesse econômico” da coletividade na “criação e repartição da riqueza” (Pereira dos Santos, pp. 103-104); em proteção contra o “perigo econômico” (Tiedemann, 1983, pp. 61, 67-68); em proteger “a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos” (Regis Prado, 2004, p. 27).

Além dessas referências explícitas, a exigência de que o interesse ou bem jurídico ofendido pelo crime seja “supraindividual”, e não meramente do Estado ou do indivíduo – sob pena de tal crime não ser considerado “econômico” –, também comprova que o objetivo último do DPE é mesmo proteger a economia, agora no sentido de interesse econômico coletivo.

O que significa exatamente “proteger a economia”, como se vê, varia enormemente nos autores e entre eles. Seja o que for, entretanto, a ideia que me parece fundamental é a de proteger o conjunto dos interesses econômicos que se apresentam nesse campo ou setor social a que se chama “economia”, punindo crimes que, em tese, ao menos indiretamente atinjam esse conjunto de interesses, principalmente quando esses crimes prejudiquem o funcionamento “normal” ou “equilibrado” desse campo ou setor, agora entendido como se se tratasse de uma máquina, órgão ou estrutura que viabiliza, e de cuja “integridade” depende, a satisfação de interesses econômicos em geral. É nesse último sentido, por exemplo, que a doutrina trata dos crimes que afetam à concorrência ou daqueles que retiram credibilidade dos “instrumentos” (cheques, duplicatas, balanços contábeis etc.) da “vida econômica”.

É evidente que essa economia a ser protegida é a economia lícita. A economia ilícita, como a economia do tráfico de drogas, por exemplo, obviamente que não se visa protegê-la pelo Direito Penal, senão destruí-la, ou ao menos tentar insistentemente – na prática, apenas modificando sua estrutura e performance (Becker G. S., 2005; Becker, Murphy, & Grossman, 2006).

A despeito de sua finalidade de combater danos à economia lícita, aos interesses em geral próprios a esse campo de atividades, nada garante que o DPE, ao final, não lhe acarrete ainda mais danos; que, em vez de protegê-la – prevenindo crimes futuros –, em nome disso acabe destruindo-a, como se faz intencionalmente pelo Direito Penal em relação às economias ilícitas.

É precisamente esse alerta que as reflexões de BECKER propõe, apontando que também a política penal, o *law enforcement* – do qual o Direito Penal em geral é a peça chave que estabelece as penas – implica perdas sociais e, possivelmente, perdas sociais ainda maiores que os crimes que combate.

A proposta nos Capítulos seguintes (PARTE 3, a última deste trabalho), então, é avaliar o DPE à luz da teoria de BECKER, identificando algumas limitações e as potencialidades que lhe permitem ou impedem desempenhar coerentemente a função que se atribui de proteger a economia.

PARTE 3 – CRÍTICA DA FUNÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

A análise da literatura jurídica a partir da perspectiva econômica tornou possível traduzir, nos termos dessa perspectiva, o que significa concretamente a função de “proteção de bens jurídicos supraindividuais e relacionados à economia” atribuída ao DPE: é proteger a “economia” lícita, via proteção do conjunto dos interesses que se apresenta nesse campo das relações sociais, direta e indiretamente, nesse último caso pela proteção da estrutura que assegura a reprodução e o funcionamento desse campo denominado “economia” (lícita).

Tornou-se igualmente possível distinguir uma definição para o DPE – *i.e.*, o conjunto dos crimes que, quando cometidos, necessariamente o são em meio à “economia” lícita – que independe da função que lhe seja imputada, o que é teoricamente necessário para avaliar criticamente a função atribuída a esta parcela do Direito Penal pela doutrina, sem comprometer a própria existência do objeto da análise caso concluamos que ele não a cumpre, ou a cumpre mal, ou ainda que cumpre outras funções. A definição “funcional”, diversamente, porque vincula a existência do DPE à determinada função, leva à conclusão de que ele só é DPE se se presta para tal função e, caso contrário, deixa de sê-lo, o que antemão inviabilizaria a avaliação crítica que pretendo fazer nesta PARTE 3 do trabalho.

A fim de fazê-lo, partirei das formulações de BECKER e do que o autor considera necessário ser observado por uma política penal que se pretenda “ótima” ou eficiente, como veremos no Capítulo 7. Nessa ocasião, tratarei da base teórica que permitirá apontar no DPE, como de regra em qualquer instrumento de política penal, que não apenas contribui com a “economia”, mas que também a agride, pelos seus custos. Se pretende protegê-la, então, deve observar certos parâmetros a fim de fazê-lo da melhor forma possível, da forma ótima ou eficiente, cuidando, inclusive, para não prejudicá-la mais do que os próprios crimes contra os quais se dirige.

Para avaliar em que medida o DPE pode ou não cumprir o objetivo de proteção da “economia”, enfim, no Capítulo 8 analisarei certos aspectos deste ramo do Direito Penal, relativos, principalmente, à possibilidade de emprego das penas pecuniárias e reparatorias para os crimes econômicos. Esse é um tópico da matéria que, como ficará

claro, melhor permite-se avaliar em vista dos parâmetros de otimização propostos por BECKER.

Capítulo 7 – A economia da pena

A seguir, irei expor as características gerais do “modelo” de BECKER e extrair, dentre suas contribuições, o que entendo serem parâmetros ou critérios qualitativos de otimização da política penal propostos pelo autor. No Capítulo seguinte, empregarei esses parâmetros para avaliar em que medida o Direito Penal Econômico – considerando alguns de seus instrumentos, seus mecanismos de funcionamento etc. – pode ou não desempenhar a finalidade que se lhe atribui de proteger a economia.

Introdutoriamente, entendo que seja importante abordar o significado e as implicações desse recurso teórico denominado “modelo”. Em função de fazer uso desse instrumento, BECKER deliberadamente parte de algumas simplificações da realidade. Quero tratar, então, de duas simplificações analíticas que o autor faz nesse sentido: (1) tomar como “dada” a legislação criminal, leia-se, sem questionar se determinada conduta deveria ou não ser considerada crime; (2) supor que a política penal seja em princípio um instrumento tão eficaz quanto quaisquer outros não punitivos para prevenir crimes. Deixando claro que essas simplificações analíticas não são mais que meras suposições úteis à análise, creio que isso será suficiente para repelir ao menos as críticas mais superficiais direcionados ao autor e, principalmente, a apropriação dessas simplificações como se fossem consequências necessárias do modelo de BECKER.

7.1. O modelo e suas simplificações fundamentais

Como em qualquer “modelo”, BECKER parte de algumas simplificações da realidade, de modo a facilitar sua apreensão pela teoria. Nesse sentido, conforme Gregory MANKIW, modelos são sempre réplicas simplificadoras que ressaltam certos traços da realidade e omitem outros, menos relevantes para a questão estudada, com o objetivo de facilitarem sua compreensão e a investigação de problemas específicos. Na Física, exemplifica o autor, a suposição de que um corpo se desloca sem atrito no espaço é extremamente útil para esclarecer determinadas questões, embora não corresponda a realidade. Na Biologia, continua, usam-se copos de plásticos para ensinar anatomia, embora obviamente esses não coincidam com os corpos reais. Na Economia, enfim, modelos são igualmente simplificações úteis e não mais do que isso, agora expressas por diagramas e equações (Mankiw, 2006, pp. 22-23)

Faço aqui uma pausa para outra ressalva, agora quanto a esse uso da matemática em modelos econômicos. Embora tais modelos sejam tratados frequentemente como sinônimos de equações, assim entendidos modelos não são mais do que “a representação das principais características dos componentes de uma teoria” (Rizzieri, 2011, p. 4), e não a própria teoria – ou não o modelo estritamente. Quanto ao uso que fazia da matemática, aliás, o próprio BECKER dizia tratá-la como “um servo muito útil”, não como um “mestre”, e que, no limite, mais importante seria o “bom conteúdo econômico”, expresso ou não de forma matemática ([Becker] Herfeld, 2012)⁶¹.

A seguir, nesses termos, farei uma análise “verbal” (não matemática) desse conteúdo econômico presente no modelo de otimização da política penal – que BECKER também apresenta “verbalmente”. Porém, note-se: mesmo que esse conteúdo econômico seja expresso “por extenso”, ainda diz respeito a um “modelo”, que, enquanto tal, é sempre uma réplica simplificadora da realidade e está longe de ser seu retrato fiel.

A simplificação, neste caso, atende ao objetivo de investigar uma questão pragmática muito específica, à luz do método econômico, que é a seguinte: considerando que descobrir, condenar e punir crimes exige um esforço, exige um custo para toda a sociedade, e que o objetivo da política penal seja o de reduzir o custo que a criminalidade impõe à sociedade – e não agravar ainda mais as perdas sociais –, o que é importante para determinar o nível ótimo de recursos a despender com a punição de crimes?

Entre as “simplificações” da realidade feitas, então, para facilitar o estudo dessa questão, encontram-se aquelas duas que mencionei anteriormente. Embora trate de crimes e formas de preveni-los, Becker deixa de fora do modelo, propositalmente: (1) a análise da política criminal *stricto sensu* – a criminalização de condutas na esfera legal, digo –; (2) a questão da prevenção de crimes por métodos alternativos à política penal. Isso não quer dizer – de forma alguma – que atribuisse menos importância a essas duas discussões.

Em relação àquela primeira simplificação, em *Crime and Punishment*, é por mera conveniência analítica que BECKER toma como “dada” a legislação ou política criminal

⁶¹ Na Economia há uma relação estreita entre o uso de modelos e o emprego da matemática. Vilfredo PARETO explica que o uso da matemática foi introduzido na Ciência Econômica para dar conta de relações de mútua dependência entre numerosas variáveis que não guardavam entre si relações puras de causa e efeito. Mas adverte que é um “grave erro” tomar a representação matemática pela realidade. A veracidade das hipóteses econômicas dependem ainda de comprovação fática (Pareto, 1996, pp. 56-57; 208).

stricto sensu. Não questiona, então, se uma conduta deveria ou não ser considerada crime, *i.e.*, se gera ou não perdas sociais suficientes para justificar sua criminalização. Em suas palavras:

As pessoas frequentemente irão divergir razoavelmente sobre a quantidade de danos e benefícios resultantes de diferentes atividades. Para alguns, quaisquer níveis salariais fixados pela livre competição entre empregadores e empregados são aceitáveis; para outros, um nível salarial abaixo de certo mínimo é uma violação de direitos básicos. Para alguns, o jogo, a prostituição e inclusive o aborto deveriam ser mercadorias como quaisquer outras; para outros, o jogo é um pecado e o aborto um homicídio. Essas diferenças são fundamentais para elaborar e implementar uma política pública, mas foram excluídas da minha análise. Eu aqui suponho que exista um consenso acerca dos danos e benefícios e, então, tento simplesmente extrair parâmetros para implementar esse consenso de forma ótima (1990 [1968], p. 79)⁶².

Em outra ocasião, porém, BECKER dedicou-se a investigar também essa questão, *i.e.*, saber se, à luz do método econômico, é eficiente ou não criminalizar uma conduta. Nesse caso, perceba-se, antes de perguntar pela forma ótima de punir a conduta, o autor questiona se ela deveria ser mesmo criminalizada. É exatamente esse tipo de análise que BECKER faz em *The Market for Illegal Goods: The Case of Drugs* (Becker, Murphy, & Grossman, 2006).

Nesse texto, elabora um modelo para avaliar quando é mais eficiente reduzir o consumo de um bem que se supõe danoso, como as drogas, (i) ora via proibição e criminalização do seu comércio, (ii) ora via legalização e taxação desse bem. Sem entrar no mérito da discussão – se o consumo de drogas é socialmente danoso ou não, mas supondo que realmente seja –, ele argumentava que a legalização combinada à taxação elevada teria o mesmo efeito prático da criminalização de qualquer bem cuja demanda é altamente inelástica – *i.e.*, aumentar seus preços –, mas agora gerando receitas tributárias e sem os custos da “guerra às drogas” (v.g. os gastos públicos com tribunais e policiais, o encarceramento em massa da população negra, a corrupção, a violência e outros “primitivos e perigosos métodos de produção”) (2005)⁶³.

⁶² “Reasonable men will often differ on the amount of damages or benefits caused by different activities. To some, any wage rates set by competitive labor markets are permissible, while to others, rates below a certain minimum are violations of basic rights; to some, gambling, prostitution, and even abortion should be freely available to anyone willing to pay the market price, while to others, gambling is sinful and abortion is murder. These differences are basic to the development and implementation of public policy but have been excluded from my inquiry. I assume consensus on damages and benefits and simply try to work out rules for an optimal implementation of this consensus” (1990 [1968], p. 79). Tradução minha.

⁶³ Apenas para registrar uma conclusão menos “generosa” do autor, menciono que este método econômico o levava a defender a pena de morte para homicídios dolosos. “I support the use of capital punishment for

Esse caminho percorrido na análise do mercado de bens ilegais é o mesmo que já constava *Crime and Punishment*: tomando um objetivo como “dado”, sem questioná-lo – como o de reduzir o consumo das drogas –, estabelecer quais são as condições para atingi-lo da forma mais eficiente, de acordo com a análise econômica da questão. O objetivo considerado, em *Crime and Punishment*, será o de minimizar *ao máximo* as perdas sociais relativas a crimes – sem questionar, nesse momento, a eficiência da criminalização.

Quanto àquela segunda simplificação – de que punir é, em princípio, um instrumento igualmente eficaz de prevenção criminal –, repare-se que isso, por si só, não implica supor que seja o único instrumento preventivo, nem que seja o mais eficaz. BECKER realmente parte do pressuposto de que, em geral, punições sirvam a esse objetivo, mas admite que cumprem essa função de forma ora mais, ora menos eficiente – a depender da elasticidade da oferta de ofensas, como veremos.

O autor encara a pena como mais um incentivo negativo, mais um “custo”, que serve para desestimular o cometimento da ofensa. Outro custo igualmente relevante, por exemplo, é o “custo de oportunidade”: aquilo de que se abre mão quando se decide cometer a ofensa, como a renda que se poderia obter empregando tempo e recursos materiais em outras atividades (não criminais). Quanto maior o “custo de oportunidade”, menos incentivos a pessoa tem para cometer ofensas. Nesse sentido, se a renda média da população aumentar, a tendência é que menos crimes sejam cometidos com a finalidade de obter renda (1990 [1968], p. 47; 59; 1992, p. 42)⁶⁴.

Em síntese, para o autor, qualquer política pública que eleve o custo de cometer uma ofensa é considerada eficaz para prevenção de crimes. Assim, a abordagem

persons convicted of murder because, and only because, I believe it deters murders. If I did not believe that, I would be opposed because revenge and the other possible motives that are mentioned and discussed by Posner, should not be a basis for public policy” (Becker G. S., 2005b). “Eu defendo o uso da pena capital para pessoas condenadas por homicídios porque, e somente porque, eu acredito que detenha homicídios futuros. Se eu não acreditasse nisso, eu seria contrário, porque vingança e outros possíveis motivos que são mencionados e discutidos por Posner não deveriam servir de base à política pública” (tradução minha). BECKER se opunha ao uso da pena de morte para crimes diferentes de homicídios dolosos, ao argumento de preservar a “dissuasão marginal”, quer dizer, desincentivar o cometimento de crimes ainda mais graves após o cometimento de um crime menos grave. Caso contrário, a política penal incentivaria o cometimento de um homicídio para ocultar um crime de roubo, por exemplo, se este último já for punido com a morte (2005c).

⁶⁴ “... opportunities for employment, schooling, and training programs [...] as well as law, order, and punishment are an integral part of the economic approach to crime” (Becker G. S., 1992, p. 42). “... oportunidades de emprego, escolaridade e programas de capacitação [...], assim como lei, ordem e punições são parte integrante da abordagem econômica do crime”. Tradução minha.

econômica inaugurada em *Crime and Punishment* foi pensada para ser um método, apenas. Como tal, esse método não implica qualquer política específica: só admite, *a priori*, que instrumentos punitivos ou não são ambos eficazes para atingir o mesmo fim (Panther, 1995).

Sem prejuízo disso, nesta ocasião o autor exclui essas outras formas de prevenção da análise, para se concentrar especificamente sobre o efeito da política penal na decisão de cometer ou não um crime, impondo aos ofensores o custo que corresponde às penas. Para além disso, outros custos suportados pelo ofensor são implicitamente considerados, reduzindo o valor do benefício que projeta obter. Assim, reconhece-se a relevância desses custos; só não são analisados em *Crime and Punishment*.

Nesse sentido, a fim de ressaltar que a punição é apenas mais uma entre outras formas de prevenção, vou designá-la a seguir pelo termo “dissuasão” (“deterrence”), como quase sempre o faz BECKER.

Finalmente, mesmo admitindo que a dissuasão não seja a única, e nem sempre a mais a forma mais eficaz de prevenir crimes, é razoável questionar ainda se as punições realmente se prestam para prevenir crimes. Quero então me deter sobre esse ponto, enfim, antes de passar ao próximo tópico.

O autor oferece dois tipos de resposta para essa questão. O primeiro é um argumento puramente factual ou “positivo”: as punições efetivamente servem para dissuadir porque os dados empíricos comprovam este efeito (2005b)⁶⁵. O segundo tipo, presente em *Crime and Punishment*, tem a aparência de um argumento “normativo”, implicado pela análise econômica; mas entendo que se trata, em verdade, de uma “condição de possibilidade” da análise do autor (1990 [1968], pp. 40, 65, 68, 78).

Sigamos os passos de seu argumento. Dado o objetivo de minimizar as perdas sociais resultantes de crimes, ele aponta que a finalidade “ótima” de punir inclui

⁶⁵ Nesse sentido, vide o estudo de CHALFIN & McCRARY a respeito das principais conclusões de uma ampla base bibliográfica (de estudos empíricos) que revisaram, referente aos últimos 20 anos, sobre os efeitos dissuasórios das punições nos Estados Unidos (2017). Eles apontam, em suma, haver “considerável evidência” de que a oferta de crimes é reduzida frente a mais “policiamento”, assim como a um aumento nas oportunidades de trabalho lícito, mas pouca evidência de que seja sensível a aumentos na severidade das penas.

“também” a dissuasão de crimes futuros⁶⁶. Porém, mais do que objetivo ótimo a ser perseguido, a finalidade de punir para prevenir é um pressuposto sem o qual o modelo absolutamente não faz sentido. Quer dizer: se prevenir pela punição não for possível, minimizar as perdas sociais resultantes de crimes via política penal é igualmente impossível; ela traria custos, apenas, sem quaisquer benefícios. A política penal ótima, neste caso, seria “nenhuma” política penal. O efeito dissuasório da punição, por isso mesmo, é uma “condição de possibilidade” do modelo. Caso entenda-se que as penas não se prestam para dissuadir sequer um mínimo de futuros crimes, a única utilidade prática que resta ao modelo de BECKER é servir de argumento econômico em favor da abolição do sistema penal.

Concluídas essas ressalvas, passo, então, a analisar em que consiste precisamente o modelo de BECKER.

7.2. Elementos básicos do modelo

Quatro categorias são consideradas pelo autor como elementos integrantes do modelo de otimização da política penal: (1) a função da oferta de ofensas; (2) os danos resultantes de crimes; (3) os custos de descobrir e condenar; (4) e o custo das penas. BECKER começa analisando-os e, em seguida, passa às condições de otimização. Aqui seguirei precisamente esse mesmo roteiro.

A. A função “oferta de ofensas”

A função de oferta de ofensas é a relação entre o número de ofensas cometidas em certo período e as variáveis que determinam esse número. É o quanto a “indústria” do crime produz nesse período. No modelo de BECKER para a política penal, a oferta de ofensas está em função, *i.e.*, depende, de três variáveis elementares: (i) a *probabilidade de condenar*; (ii) a *pena*; (iii) e um “pacote de variáveis” (“portmanteau variable”) que abarca todas as demais possivelmente relevantes (Becker G. S., 1990 [1968], pp. 46-47)⁶⁷.

⁶⁶ “Também”, no caso, porque a finalidade ótima inclui ainda a reparação das vítimas.

⁶⁷ No texto, Becker representa esta função nos seguintes termos: $O = O(p, f, u)$, ou seja, o número de ofensas em determinado período (“*O*”) depende da *probabilidade de condenação* (“*p*”), da *extensão da pena* (“*f*”) e do conjunto de variáveis segregado em “*u*”.

As variáveis “(i)” e “(ii)” constituem, juntas, a *pena esperada* (“expected punishment”): uma pena, de dada modalidade e extensão, combinada à probabilidade de ser efetivamente aplicada ao ofensor. Ela corresponde ao custo imposto a este último pela política penal. Para exemplificar, considere-se o seguinte exemplo. Uma pena com extensão de \$ 20.000, cuja probabilidade de ser aplicada é de 1 em 100, resulta numa *pena esperada* de \$ 200. Se a probabilidade, no entanto, é de 1 em 1.000.000, então a *pena esperada* é de somente \$ 0,02. Conforme a probabilidade seja ainda menor, o valor da *pena esperada* será indefinidamente menor, tendendo a zero.

O modelo básico sobre a decisão de cometer um crime diz que a pessoa irá cometê-lo se e quando projeta um ganho superior a seu custo, incluindo neste custo o ganho de que abre mão se empregasse seus recursos em outras atividades. A *pena esperada* é um elemento desse custo, mas não o único. Todos os possíveis outros, nesse sentido, BECKER os coloca na variável “(iii)”.

Nesta variável genérica também estão incluídas aquelas que afetam a elasticidade da oferta de ofensas em relação a aumentos na *pena esperada* e que variam entre diferentes indivíduos, como idade e “diferenças de inteligência” (1990 [1968], p. 48). As variáveis que afetam a elasticidade tornam mais ou menos custosa a política penal, pois quanto maior a inelasticidade da oferta de ofensas, maior a *pena esperada* precisaria ser para produzir o mesmo efeito de redução de crimes.

A “elasticidade”, no caso, é a medida de quanto um determinado aumento na *pena esperada* causa de redução na quantidade ofertada de ofensas. Se o resultado da divisão da (a) *variação percentual na quantidade ofertada* pela (b) *variação percentual na pena esperada* é maior ou igual 1, diz-se que oferta de ofensas é “elástica”, e tanto mais “elástica” quanto maior que 1; e “inelástica” se o resultado é inferior a 1. Por exemplo. Se um aumento de 20% (a_1) na pena esperada reduz a oferta de ofensas em 5% (b_1), a elasticidade é igual a 0,25 ($b_1 \div a_1$) – i.e., a oferta de ofensas é inelástica –. Se o mesmo aumento de 20% (a_1) reduzir a oferta de ofensas em 15% (b_2), a elasticidade será igual a 0,75 ($b_2 \div a_1$) – i.e., a oferta é inelástica, porém menos inelástica que antes –. Se ainda esse aumento de 20% reduzir a oferta em 20%, 25% ou 35%, a elasticidade será, respectivamente: 1; 1.25; e 1.75 – a oferta é elástica, e mais elástica ainda quanto maior o resultado da divisão.

Quando a seguir tratarmos dos parâmetros de otimização da política penal, segundo o modelo de BECKER, apontarei que um desses parâmetros exige que o custo da política penal, o custo de dissuadir pela punição, não exceda o valor dos danos resultantes do crime que se pune e cujo cometimento se quer prevenir. Isso implica que, para dois tipos de crimes que produzam sempre o mesmo dano, a *pena esperada* estabelecida para um deles deve ser tanto menor quanto maior for o custo de puni-lo em relação ao outro crime. Se elasticidade da oferta de ofensas afeta o custo de punir, então, entre dois crimes que produzam o mesmo dano, tanto menor deve ser a *pena esperada* daquele cuja oferta seja mais inelástica. A tal ponto que, se a oferta de um crime é perfeitamente inelástica (igual a zero), o custo de dissuadir o cometimento desse crime é infinito, pelo que nem deveria ser punido (Friedman D. , 1995, p. 228).

BECKER, então, sugere um esforço para distinguir tipos de ofensas conforme suas diferentes elasticidades, de forma que as ofensas cujas ofertas sejam mais inelásticas recebam *penas esperadas* relativamente menores – v.g. homicídios não premeditados, crimes passionais, crimes cometidos por adolescentes etc. –, em comparação a crimes cujas ofertas sejam mais elásticas – v.g. crimes “calculados” (“calculating crimes”) cometidos por adultos, como apropriação indébita, crimes concorrenciais (“antitrust violation”) e roubos a bancos (1990 [1968], pp. 59-60; 75).

Dentre os elementos que afetam a elasticidade da oferta de ofensas, o autor considera especialmente a influência da “atitude” das pessoas em relação ao risco. Supondo-a como um relativo consenso entre pessoas com experiência judiciária, e reportando-a a BECCARIA, BECKER menciona a generalização comum de que um aumento na probabilidade de condenar, na “certeza” das penas, é mais eficaz para reduzir crimes do que um aumento na severidade das penas (1990 [1968], p. 46). Ele irá acrescentar, então, que isso é verdade se, e somente se, as pessoas que cometem crimes puderem ser consideradas, em geral, “afeitas ao risco”.

Ser “afeito ao risco” significa que o ofensor prefere as chances menores de uma recompensa maior (v.g. 1 em 10 de obter \$ 1000) do que as chances maiores de uma recompensa menor (v.g. 1 em 2 de obter \$ 200), mesmo quando o benefício provável é o mesmo (v.g. \$ 100). Nos termos que nos interessa, significa que prefere as chances menores de arcar com uma pena ou custo maior (v.g. 10% de pagar \$ 1000) às chances maiores de arcar com uma pena ou custo menor (v.g. 50% de pagar \$ 200), mesmo quando

a pena provável ou custo provável é o mesmo (v.g. \$ 100). Quem é “hostil ao risco” (“risk avoider”), por seu turno, preferirá as segundas opções, no exemplo acima. E para quem é “indiferente ao risco” (“risk neutral”) só importa o valor do benefício ou da pena provável, pelo que é neutro em relação as opções mencionadas.

Fora da política penal, e por definição fugindo ao seu controle, encontra-se o conjunto desses elementos (ou variáveis) que influenciam o custo de cometer ofensas ou a elasticidade da sua oferta e, nessa medida, o custo de reduzir essa oferta via punições. Nesses termos, são variáveis tão importantes quanto a *pena esperada*. Para fins de sua análise, entretanto, no modelo de otimização que propõe, BECKER as toma como variáveis “dadas”, exógenas e constantes, embora isso não o impeça de considerar seus efeitos no cálculo da política penal “ótima”.

Considerando, então, as relações de dependência estabelecidas na função da oferta de ofensas e o objetivo analítico de avaliar especificamente sua relação com a política penal, o autor irá destrinchar que elementos importam para calcular o nível ótimo de punições ou, dito de um modo excêntrico, o nível ótimo de crimes a tolerar.

Estes elementos são os danos resultantes de crimes, os custos de descobrir e condenar e os custos da pena. Estes dois últimos são os custos associados, respectivamente, àquelas duas primeiras variáveis que entram na função da oferta de ofensas: (i) à *probabilidade de condenar* e (ii) a *penas*. Seguindo a ordem da exposição em *Crime and Punishment*, irei tratar primeiro dos danos resultantes dos crimes.

B. Danos

Os danos são o motivo pelos quais determinadas condutas são criminalizadas. Incluem os danos materiais e imateriais, *i.e.*, aqueles que não são acessíveis diretamente segundo uma medida monetária.

Exemplificando, o autor aponta que os custos de homicídios não se resumem à renda que a vítima deixa de produzir, mas incluem o valor atribuído pela sociedade à vida em si mesma; o custo de jogos ilegais abrange a “desutilidade” para quem, como clérigos, se ofende com a prática; e o custo de “transferências”, como furtos e apropriações indébitas, inclui também o dano ao próprio direito de propriedade, *i.e.* o dano social

imaterial resultante de “redistribuições forçadas de riqueza”⁶⁸, bem como os danos à acumulação de capital, desencorajada pelo risco de expropriações (1990 [1968], pp. 43-44).

Os danos são considerados como tais no mesmo sentido em que se consideram danosas as “externalidades negativas” (1990 [1968], p. 61), ou seja, porque são danos “não consentidos” infligidos às vítimas diretas ou a terceiros. Se estas consentissem com a externalidade a um determinado preço, que compensasse seus prejuízos, o principal objetivo de punir seria assegurar o pagamento desse preço, e não extinguir “a qualquer preço” a atividade danosa (p. 69).

O dano, mais do que inerente à conduta ou ao bem objetivamente atingido, é fruto de “crenças” no caráter danoso da atividade (1990 [1968], p. 42); não é dado por um critério objetivo inexorável, o que BECKER ironicamente exemplifica com a “desutilidade” que um clérigo sofre por outras pessoas praticarem jogos de azar (p. 44). E, nessa linha, também é fruto de decisões políticas que positivam, via legislação, a “existência” do dano criminal, a despeito de divergências razoáveis sobre o que constitui ou não uma atividade danosa (p. 79).

Há uma diferença teórica importante feita pelo autor entre *dano bruto* (“harm”) e o *dano líquido* (“damage” ou “net cost”) (1990 [1968], pp. 42-44). O *dano líquido* é o *dano bruto*, i.e., os danos sofridos pelas vítimas, menos o ganho obtido pelo ofensor com o cometimento da ofensa. Essa diferenciação terá uma importância especial nos casos em que esse ganho exceder o dano bruto: as ofensas, nessas condições, são “eficientes”, porque trazem mais benefícios do que prejuízos; ou seja, elas aumentam o bem-estar total, em vez de reduzi-lo. O *dano líquido*, nesses casos, é um valor negativo. BECKER supõe que as ofensas geralmente sejam ineficientes, causando mais danos do que ganhos para os ofensores; mas não supõe que ofensas eficientes sejam inexistentes ou raras a ponto de considerá-las irrelevantes para o modelo (1990 [1968], pp. 43, 69).

Há quem, por outro lado, considere moralmente incorreto descontar os ganhos dos ofensores no dano bruto resultante de ofensas. Nesse caso, então, o dano considerado será

⁶⁸ “social attitudes toward forced wealth redistributions” (1990 [1968], p. 44). “... as atitudes sociais contra redistribuições forçadas de riqueza”. Tradução minha.

sempre o *dano bruto* e, eventualmente, se o ganho do ofensor for superior a ele, até mesmo o excedente será na prática considerado como parte integrante do dano social.

BECKER demonstra que o dano líquido que se supõe resultar de uma ofensa não é sempre algo óbvio ou evidente. À diferença de crimes como homicídios, por exemplo, “aparentemente, fraudes, furtos etc., não envolvem verdadeiros custos sociais, mas são apenas simples transferências, com as perdas das vítimas sendo compensadas por iguais ganhos para os criminosos” (1990 [1968], pp. 41, nota 3)⁶⁹. Nesse sentido, do ponto de vista econômico, pode-se considerar que ineficiente não é o furto ou a fraude, que são indiferentes para o bem-estar social em geral, mas sim a sua criminalização.

Entretanto, há também o dano imaterial, reputado ao caráter forçado da “transferência”, como apontado anteriormente. E, além disso, do ponto de vista material, também há um dano, embora não seja óbvio e não consista exatamente nos prejuízos patrimoniais. Conforme o autor, o verdadeiro dano social provocado por “transferências forçadas” como fraudes e furtos é, nesse sentido, o que corresponde aos custos com os quais ofensores arcam para cometerem esses crimes, custos como o tempo e os recursos despendidos para planejar e executar o crime (1990 [1968], pp. 41, nota 3).

C. Custos de condenar

Associados à variável *probabilidade de condenação* que integra a função da oferta de ofensas, estes custos envolvem todos os dispêndios necessários para investigar crimes, processá-los e enfim condenar os ofensores (“cost of apprehension and conviction”) (Becker G. S., 1990 [1968], pp. 44-46).

Nessa rubrica entram os gastos com órgãos policiais e outros também encarregados de investigar crimes, ainda que residualmente, como ocorre no Brasil com a Receita Federal em relação aos crimes tributários ou com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em relação a crimes cometidos no mercado financeiro. Também entram aqui as despesas com juízes, promotores e advogados, necessários para processar e condenar os ofensores.

⁶⁹ “Superficially, frauds, thefts, etc., do not involve true social costs but are simply transfers, with the loss to victims being compensated by equal gains to criminals” (Becker G. S., 1990 [1968], pp. 41, nota 3)

Esses gastos são relativos à “força de trabalho” empregada para descobrir e condenar as ofensas. Mas nos seus custos também se incluem as despesas com “matérias-primas” e com o “capital” (v.g. computadores, equipamentos de laboratório ou de interceptação de dados etc.).

A *probabilidade de condenação* varia diretamente em função do volume de gastos despendido nesses itens todos e ainda em função de quão “custosos” são os recursos humanos utilizados, ou quão desenvolvida e produtiva é a tecnologia disponível.

D. Custos da pena

Estes incluem os custos pertinentes à variável *pena* na função da oferta de ofensas.

O valor da pena – seu custo para o ofensor –, não é sempre e necessariamente um custo social. O autor entende que as penas de multa, especificamente, são meras transferências de recursos: o prejuízo do ofensor é compensado por um igual ganho do destinatário que recebe o valor correspondente à multa. Os custos de coletá-la (“collection costs”), BECKER os considera tão ínfimos que os ignora.

À diferença de multas, porém, penas não monetárias implicam verdadeiros custos sociais: o prejuízo que impõem ao ofensor não corresponde a um ganho para terceiros. Pelo contrário. Desta vez, esses terceiros – a sociedade em geral – também são prejudicados. A pena de prisão, por exemplo, exige enormes recursos humanos e materiais custeados por terceiros (v.g. construções, carcereiros etc.) (1990 [1968], p. 50). Ampliam-se as “vítimas” da ofensa impondo-se a terceiros esses custos necessários à execução da pena, o que reforça o rancor contra ex-condenados e estimula a imposição de “penas adicionais”, como sanções informais que, por exemplo, reduzem as oportunidades de trabalho e a aceitação social da pessoa (1990 [1968], p. 64).

Entre os custos da pena incluem-se, nesses termos, os custos do ofensor e os custos de terceiros. Estes últimos são os custos mencionados acima e aqueles incluem, no caso da pena de prisão, por exemplo, a renda que o ofensor deixa de produzir, os bens que deixa de consumir e o valor equivalente à própria restrição da liberdade (1990 [1968], p. 49).

7.3. Condições de otimização da política penal

Agregando em único termo os *custos de condenar* e os *custos da pena*, chega-se ao *custo de punir*, como direi, para simplificar. Somado o *custo de punir* aos *danos* resultantes das ofensas chega-se *perda social* global associada às ofensas (“social loss from offenses”) (1990 [1968], p. 50). O modelo de BECKER objetiva, precisamente, minimizar *ao máximo*, ou “otimizar”, essa *perda social*, de forma que o custo de punir seja o mínimo e o montante de danos evitados seja o máximo.

Partindo do pressuposto de que o objetivo da política penal (o objetivo de punir) seja também esse de minimizar as *perdas sociais* resultantes de crimes em vez de agravá-las ainda mais, BECKER emprega seu método econômico para inferir parâmetros de otimização desse objetivo, critérios de como realizá-lo ao máximo.

A. Custos de punir e danos

Por um lado, o autor assume que a política penal reduz as *perdas sociais* resultantes de crimes na medida em que se presta para dissuadir crimes futuros, evitando os danos que deles resultam. Por outro, há este fato trivial que o autor desenvolve até as últimas consequências: punir implica custos sociais, a tal ponto que, a partir de certo nível, esses custos podem até mesmo superar os benefícios de punir. Caso isso ocorra, em vez de reduzi-las, a política penal agrava as *perdas sociais* relacionadas a crimes. Nesse sentido, BECKER se pergunta: “Para dizer o mesmo, embora de um modo mais estranho, quantas ofensas deveriam ser permitidas e quantos ofensores deveriam ser deixados impunes?” (1990 [1968], p. 40)⁷⁰.

Uma pessoa deixa de cometer uma ofensa, conforme o autor, quando projeta que seu custo supere o ganho que obteria (1990, pp. 46-48). Tais custos são inúmeros, como referi acima. Neste ponto, entretanto, o custo que BECKER pretende analisar é exclusivamente o que a *pena esperada* representa para o possível ofensor. Outros custos são implicitamente assumidos, na medida em que reduzem o benefício esperado pelo ofensor com o cometimento da ofensa.

⁷⁰ “Put equivalently, although more strangely, how many offenses should be permitted and how many offenders should go unpunished?” (Becker G. S., 1990 [1968], p. 40). Tradução minha.

Nesses termos, então, o objetivo de minimizar as *perdas sociais* relacionadas a crimes (via política penal) traduz-se na ideia mais específica de que as *penas esperadas* devem ser fixadas em tal valor ou patamar que seu custo jamais exceda o valor do dano causado pela ofensa punida. Se isso não for suficiente para dissuadir o cometimento de ofensas futuras, então é melhor resignar-se do que aumentar a *pena esperada* e acabar, desse modo, agravando ainda mais as *perdas sociais*.

Apenas para exemplificar introdutoriamente, então, imagine-se o seguinte cenário hipotético, que construí a partir de exemplos de Richard POSNER e David FRIEDMANN, excluindo, porém, elementos mais complexos do modelo de BECKER:

EXEMPLO 1

1. *Danos*. Suponha-se uma determinada ofensa que causa sempre o mesmo dano de \$10.000, a cada vez que é cometida, e que em determinado período – de 1 ano, digamos – ela é cometida 10 vezes, provocando um dano total de \$100.000.

2. *Custo de punir*. Então o custo de punir todas essas ofensas não deve ultrapassar o valor limite de \$100.000, que equivale ao dano total provocado por essas ofensas no período considerado.

2.1. Suponha-se que o custo de punir cada ofensa seja sempre o mesmo.

2.2. Observe-se que, caso todas as ofensas sejam punidas, o valor dispendido com a punição de cada uma delas deve ser de no máximo \$10.000. E caso apenas algumas ofensas sejam punidas, para cada ofensa cometida (punida ou não) deve-se gastar, em média, os mesmos \$10.000. Desse modo, em qualquer caso, o custo de punir todas as ofensas respeitará o limite de \$100.000.

2.1. Os *custos de punir* correspondem aos *custos da pena* e aos *custos de condenar*. Os custos da pena são os *custos para o ofensor* (v.g. a renda que deixa de produzir e os bens que deixa de consumir enquanto está preso) e os *custos para terceiros* (v.g. custos do preso para o orçamento público). Os *custos de condenar* são aqueles relativos a assegurar a imposição da pena, determinando a maior ou menor *probabilidade* de que esta seja efetivamente imposta. São os gastos com investigação e processo de crimes (v.g. gastos com salários de policiais, juízes, promotores, advogados etc.).

3. *Pena e probabilidade de condenação*. Desembolsando-se exatamente o valor limite de \$100.000, considerando-se todos os custos envolvidos, estabelece-se uma pena de 6 meses de prisão e cuja *probabilidade* de ser imposta ao ofensor é de 50%.

3.1. Suponhamos: 6 meses de prisão custa para o ofensor \$10.000; para o orçamento público custa \$6.000; e \$4.000 é custo de assegurar a probabilidade de 50% de condenação. Dessa forma, a cada duas ofensas cometidas, uma somente é punida, ao custo de \$20.000. Em média, assim, o custo de punir para cada ofensa cometida (punida ou não) é \$10.000.

4. *Pena esperada.* A *pena esperada* é o produto da *pena* pela *probabilidade* de ser efetivamente imposta ao ofensor. É uma abstração, pois o que o ofensor “paga”, de fato, é a *pena*: de 6 meses de prisão (ou \$10.000 em termos monetários) a cada vez que for condenado. Ocorre que ele é condenado uma vez a cada 2 ofensas que comete, ou seja, em 50% das vezes. Neste exemplo, então, a *pena esperada* corresponde a 3 meses de prisão ($= 6 \text{ meses} \times 50\%$), ou \$5.000 em termos monetários.

4.1. Note-se: se os *custos de punir* fossem menores, a *pena esperada* poderia ser maior. Neste presente exemplo, a pena esperada é \$5.000; é o que ela custa para o ofensor. Para o orçamento público, o custo dessa *pena esperada* é \$3.000. E o custo de assegurar que seja aplicada é de \$2.000. Imagine-se, porém, que este último seja reduzido para \$1.000, via medidas que barateassem a descoberta de crime, como policiais mais bem treinados. Agora, a mesma *probabilidade* de condenação de 50% poderia ser obtida a um custo de \$1.000. Respeitando o limite de \$10.000 – que é o valor dos danos, neste exemplo – agora poderia ser aumentada a pena de 6 meses de prisão para algum valor superior, até o ponto em que seu custo (para terceiros e para o ofensor) não exceda \$9.000.

5. *Efeito dissuasório.* Caso o possível ofensor projete um ganho superior a \$10.000 a cada duas ofensas que cometa, ou um ganho de \$5.000 a cada ofensa, ele irá cometê-la e, neste caso hipotético, muitos o fazem efetivamente, o que sugere aumentar a *pena esperada* para dissuadi-los.

6. *Limite da pena esperada imposta.* Entretanto, neste exemplo, impor essa *pena esperada* custa já \$10.000, valor que corresponde justamente ao dano resultante da ofensa. Assim, qualquer aumento na *extensão* da pena ou na *probabilidade* de implementá-la irá agravar ainda mais as perdas sociais relacionadas a esta ofensa.

Neste caso hipotético, a melhor solução, que não agrava ainda mais as *perdas*, é simplesmente resignar-se e tolerar que 50% do total de ofensas (cometidas em determinado período) não serão punidas e que, quando o forem, a pena aplicada não ultrapassasse 6 meses de prisão (ou \$10.000 em termos monetários), mesmo isso sendo insuficiente para dissuadir o cometimento de ofensas futuras.

Como no exemplo acima, o equivalente monetário da *pena* (\$10.000) ou da pena esperada (\$5.000) é a representação em moeda do seu custo para o ofensor – a princípio imposto em unidades de tempo.

Perceba-se que o valor equivalente à *pena esperada* (\$5.000) é o que resta dos danos (\$10.000) após dele ser subtraído o que corresponde aos demais elementos do *custo de punir*: (i) o *custo da pena para terceiros* (\$3.000), *i.e.*, o custo que cabe ao orçamento público em função dos 3 meses de *pena esperada* de prisão; (ii) e o *custo de condenar* (\$2.000) que assegura a probabilidade de 50% de condenação. De fato, conforme ilustrado nesse exemplo, para que o *custo de punir* não seja superior ao valor dos danos, o equivalente monetário da *pena esperada* deve ser igual ao valor dos danos menos *custo*

da *pena esperada* para terceiros e os custos de assegurar sua aplicação à dada probabilidade (*custos de condenar*).

FRIEDMAN é quem explica o modelo de BECKER nesses termos de que me valia acima. Simplificando a explicação do modelo, ele o torna mais compreensível. Ela inclui, porém, um elemento importante que até aqui não mencionei. Este indica a importância, para o modelo, da análise “marginal” da política penal, uma análise quantitativa de otimização mais aprofundada, como logo veremos. Nesse sentido, diz o autor, “a pena esperada pelo cometimento de um crime deve ser igual ao dano dele resultante menos o custo marginal de dissuadi-lo” (1995, p. 49)⁷¹.

Note-se, que em sua síntese didática, e em função dela, FRIEDMAN acaba sugerindo que a *pena esperada*, que é o custo imposto ao ofensor para dissuadi-lo, não integraria o custo de dissuadir (ou custo de punir), que restaria composto somente pelos demais elementos que referi anteriormente: (i) o custo da *pena esperada* para terceiros (v.g. a parcela orçamento público dispendida com o preso); (ii) mais os *custos* de assegurar a imposição da *pena esperada*, que são os custos de aplicá-la efetivamente, *i.e.*, os custos de condenar (v.g. os salários de policiais, juízes, promotores etc.). Embora essa separação facilite a compreensão do modelo de BECKER, é preciso ter em mente que, para este autor, o custo das *penas* para os ofensores são parte importante das *perdas sociais* relacionadas a ofensas (1990 [1968], pp. 50, 51)⁷² e, nessa medida, integram o que venho chamando de “custo de punir”.

Quanto ao elemento que FRIEDMAN inclui na explicação, consiste na ideia de que importa realmente o “custo marginal”, e não o “custo” de punir simplesmente. Para facilitar a compreensão do modelo de BECKER, a partir de FRIEDMAN, fiz uma simplificação maior ainda, que basta para meus objetivos de oferecer um panorama geral de como o modelo “funciona”; então referi que o “custo” de dissuadir ofensas – *i.e.*, o custo, simplesmente, como custo total –, não deve superar o valor dos danos que essas

⁷¹ “The expected punishment for a crime should equal the damage done minus the marginal cost of deterrence” (1995, p. 49). Tradução minha.

⁷² Nesse sentido, diz BECKER: “The total social cost of punishments is the cost to offenders plus the cost or minus the gain to others” (1990 [1968], p. 50). “O custo social total das punições é custo para os ofensores mais o custo (ou menos o ganho) para terceiros”. Tradução minha. “... the [social] loss function is identical with the total social loss in real income from offenses, convictions, and punishments” (1990 [1968], p. 51). “... a função das perdas [sociais] é idêntica com o total das perdas sociais que se abatem sobre a renda real por conta das ofensas, das condenações e das penas”. Tradução minha.

ofensas produziriam. A seguir, continuarei me referindo a “custo” nesse sentido mais simples. Mas é importante oferecer, aqui, uma noção do que significa a análise marginal em BECKER. Ela revela, pois, o significado último e mais radical de otimizar a política penal. Compreendê-la contribui, então, para extrair-se precisamente o que o autor quer dizer com otimização e qual o eventual potencial crítico dessa proposta.

O autor, nesse sentido, vai além do raciocínio com “quantidades totais”. Não lhe basta que o *custo total* da política penal seja inferior ao *dano total* que ela evita; ele quer encontrar as condições em que o máximo de danos seja evitado a um custo mínimo. Para uma empresa qualquer, por exemplo, se o custo total for igual a sua receita total – *i.e.*, a tudo que ela obtém pela venda do que produz –, ela não terá lucro algum e, provavelmente, estará à beira da falência. Diversamente, o que interessa à empresa é justamente o lucro máximo, quando a diferença entre custo e receita é máxima. Analogamente, BECKER quer encontrar as condições em que a *perdas sociais* sejam minimizadas *ao máximo*. Isso é o que quer dizer “otimizar” a política da penal. A análise marginalista, então, leva a isso às últimas consequências no tocante ao aspecto quantitativo; é a aplicação quantitativa ótima.

À vista disso, o autor parte de um raciocínio econômico aplicável a qualquer empresa, embora só o mencione de passagem, como se fosse algo muito trivial. Aqui, contudo, vou retomá-lo em linhas gerais. O raciocínio aplicável a qualquer empresa, no caso, é o de que o seu lucro é máximo, ou “ótimo”, quando a receita marginal equivale ao custo marginal, *i.e.*, quando o custo da última unidade vendida é igual ao retorno que a empresa obtém pela venda dessa unidade. Em outras palavras, o lucro total é máximo quando o “lucro” marginal é zero, *i.e.*, quando é inexistente “na franja”, na margem da produção; quando, na última unidade vendida, o negócio não proporciona lucro algum.

Para ilustrar, tomo aqui o exemplo oferecido por Gregory MANKIW (2006, p. 293):

"Maximização dos Lucros: Um Exemplo Numérico"						
Quantidade	Receita Total	Custo Total	Lucro	Receita Marginal	Custo Marginal	Variação do Lucro
(Q)	(RT)	(CT)	(RT - CT)	(RMg = $\Delta RT / \Delta Q$)	(CMg = $\Delta CT / \Delta Q$)	(RMg - CMg)
0 galões	\$0	\$3	-\$3	-	-	-
1 galão	\$6	\$5	\$1	\$6	\$2	\$4
2 galões	\$12	\$8	\$4	\$6	\$3	\$3
3 galões	\$18	\$12	\$6	\$6	\$4	\$2
4 galões	\$24	\$17	\$7	\$6	\$5	\$1
5 galões	\$30	\$23	\$7	\$6	\$6	\$0
6 galões	\$36	\$30	\$6	\$6	\$7	-\$1
7 galões	\$42	\$38	\$4	\$6	\$8	-\$2
8 galões	\$48	\$47	\$1	\$6	\$9	-\$3

No caso, MANKIW se refere a uma fazenda que produz galões de leite. O preço que os consumidores pagam pelo galão de leite nesse mercado hipotético é sempre 6\$, que será sempre, portanto, a receita marginal do fazendeiro, *i.e.*, o valor que recebe em troca pela venda de mais um galão. Quanto ao custo marginal, no exemplo acima, percebe-se que aumenta progressivamente. Seu valor corresponde a quanto o custo médio aumenta a cada igual incremento na quantidade produzida. O custo médio seria sempre o mesmo se o custo total aumentasse linearmente, como o seria se o custo de produzir 2 galões fosse o dobro de produzir 1, o de produzir 3 fosse triplo de produzir 1, e assim por diante. O aumento não é linear porque, suponha-se, quando o fazendeiro produz 0 galões de leite, seu custo é 3\$, equivalente ao valor do gado leiteiro que ele já possui; quando produz 1 galão de leite, pode ordenhar manualmente, mas se quiser produzir 2 galões, será necessário adquirir uma ordenhadeira mecânica, e se quiser produzir 3, precisará contratar um funcionário que o auxilie; e se quiser produzir 4, precisará aumentar o rebanho, e assim por diante.

Quando a fazenda produz 1 galão, a tabela acima informa que o custo marginal equivalente a essa primeira unidade é \$2 e a receita marginal obtida pela sua venda é \$6, que é o preço pago pelos consumidores. O lucro equivalente a esta primeira unidade é \$4, especificamente. Seguindo na tabela, observe-se que o custo marginal de um segundo galão de leite é \$3 e, sendo a receita marginal igual a \$6, o lucro proporcionado pela venda dessa unidade será \$3. Se de antemão o fazendeiro dispuser dessas informações, decidirá que vale à pena adquirir a ordenhadeira mecânica e produzir uma segunda unidade, pois ainda terá lucro na margem e, conseqüentemente, seu lucro total (*receita total – custo total*) irá aumentar.

Já é possível concluir que, enquanto houver lucro na margem (“variação do lucro”, na tabela acima), a produção de uma unidade adicional contribui com o lucro total. Se,

porém, o custo de produzir uma unidade adicional, mais um galão de leite, superar a receita que o fazendeiro obtém em troca dessa unidade, então sua produção acrescenta prejuízos marginais, em vez de lucros, reduzindo o lucro total. O ponto ótimo, enfim, será precisamente aquele em que o custo de uma unidade adicional equivale à receita obtida com ela, isto é: não acrescenta nem retira nada do lucro total. Nesse exato instante, a “distância” entre o custo total e a receita total é máxima. O lucro total será máximo, ou ótimo. Assim, se quiser maximizar os seus lucros, o fazendeiro deve planejar a produção para chegar até o ponto em que o custo marginal equivalha à receita marginal, *i.e.*, até que o custo implicado pela produção do último galão de leite vendido seja igual à receita que ele proporciona: na tabela acima, 5 galões.

Em linha com esse raciocínio trivial em Economia, BECKER parte da ideia de que “as perdas sociais resultantes de crimes são minimizadas quando a receita marginal equivale ao custo marginal” (1990, p. 53). Muda que, em vez de “lucro” empresarial a ser maximizado, o autor trata de “perdas sociais” a serem minimizadas. Tratará a receita marginal das ofensas, assim, como “danos marginais” (“marginal damages”), enfatizando o seu caráter “negativo”, de receita que se quer evitar, e não adquirir (1990, p. 55).

Supondo que estejamos tratando de um único tipo de ofensa que produza sempre o mesmo dano, podemos estabelecer uma analogia com o exemplo anterior. Desta vez, em vez de galões de leite vendidos pelo fazendeiro por um *determinado preço* cada unidade (receita marginal do fazendeiro), há a política penal que poupa a sociedade de *determinado dano* a cada crime evitado (receita marginal da sociedade). Os custos de produzir um galão de leite a mais (custo marginal do fazendeiro), por sua vez, tornam-se os custos de dissuadir um crime a mais (custo marginal da sociedade). O ponto ótimo, enfim, é agora aquele em que o custo de dissuadir uma ofensa adicional (custo marginal de dissuadir) equivale aos danos que resultariam dessa ofensa (“receita” marginal).

A política penal, assim, minimiza *ao máximo* as perdas sociais quando o custo de dissuadir a última ofensa equivale ao valor dos danos que esta produziria se fosse tolerada. Dessa forma, a *pena esperada* ótima é aquela que, na margem – *i.e.*, quando for aplicada pela última vez em determinado período, de 1 ano, digamos –, corresponda ao valor dos danos menos o *custo de punir* esta última ofensa, a ofensa marginal.

É praticamente certo que nunca estarão totalmente disponíveis as informações que permitiriam planejar antecipadamente a produção – seja de “galões de leite”, seja de “política penal” – de tal forma que custo do último galão produzido no período corresponda exatamente ao preço que se obtém em troca dele (Harris, 2014, pp. 96-97)⁷³, ou que, analogamente, o custo de dissuadir o último crime equivalha ao valor dos danos evitados. Entretanto, este raciocínio permite *a posteriori* “ajustes incrementais no nível de produção” de qualquer bem (Mankiw, 2006, p. 293), inclusive no nível de produção da política penal, apontando quando é melhor reduzi-la ou aumentá-la a partir de comparações entre custos e benefícios marginais. O modelo de BECKER foi pensado, nesses termos, para permitir cálculos quantitativos de otimização da política penal, como se esta fosse um serviço prestado por qualquer empresa (Clemente & Welters, 2007).

Conforme a esse raciocínio “marginal”, que viabiliza a aplicação quantitativa do modelo, o nível ótimo de ofensas a punir (ou tolerar) não é aquele em que o *custo* (total) *de punir* equivale aos danos totais evitados. É um ponto anterior a esse, o que, nesse sentido, aprofunda ainda mais o significado “crítico” do modelo de BECKER. Sua implicação prática é conter a política penal, ao contrário do que pode sugerir à primeira vista a aplicação de um raciocínio de “custo-benefício” ou de “maximização de lucros”. Nesse sentido, percebe-se como BECKER transforma o lema “punir o máximo ao menor custo” em um instrumento de avaliação crítica que contém, restringe, detém, a política penal muito antes de que seu custo total equivalha aos danos totais provocados pelos crimes.

Dessa reflexão quantitativa, então, quero guardar a ideia de que “otimizar” a política penal não implica necessariamente punir com mais frequência ou maior severidade. Pode significar o contrário e, certamente, significa punir menos e com menor severidade do que quando o objetivo é, a qualquer custo, dissuadir todas ofensas ou simplesmente vingar-se dos ofensores.

O primeiro pressuposto fundamental do modelo de BECKER, a meu ver, é este conforme o qual o *custo de punir* – e não apenas no total, mas “na margem”, como acrescentei acima – deve ser limitado aos danos resultantes das ofensas punidas, de tal forma que, quanto maior o *custo de punir* em relação ao dano, menor deve ser a *pena*

⁷³ Vide o Subtítulo “Do business actually use marginal analysis?” (“As empresas realmente empregam a análise marginal?”) em HARRIS (2014, pp. 96-97).

esperada imposta aos ofensores, *i.e.*, menor deve ser a *pena* e a *probabilidade* de efetivamente aplicá-la.

Outro pressuposto fundamental é este que veremos a partir de agora.

B. Ganhos e danos

Conforme BECKER, também agrava ainda mais as *perdas sociais* dissuadir uma ofensa que, particularmente, proporcione ganhos superiores aos danos que provoca. Nesses casos, essas são ofensas “eficientes”, que aumentam o bem-estar social, em vez de reduzi-lo. Para o autor, elas devem ser toleradas, no sentido de que, ainda que punidas a um custo zero, a *pena esperada* imposta ao ofensor não deve ultrapassar o valor dos danos causados, de modo que ele ou outros ofensores não sejam dissuadidos de cometer a ofensa futuramente se o ganho que obtêm supera os danos que causam.

É claro que é mais fácil visualizar a aplicação desta ideia quando a pena aplicada é a multa, uma quantia monetária com a qual o ofensor arca. Ela se aplica igualmente, entretanto, se o “preço” cobrado do ofensor é em unidades de tempo, como na pena de prisão, e não monetárias, como na pena de multa.

Conforme Keith HYLTON, a perspectiva de BECKER é conforme a um *modelo de internalização (internalization model)* dos danos resultantes de ofensas, em contraste com o *modelo de dissuasão (deterrence model)*. A pena deve servir, assim, não para dissuadir o cometimento da ofensa a qualquer custo, mas sim para “internalizar” os danos que as ofensas produzam sobre terceiros; transformar os danos externos em custos internos à atividade que, no caso, é a prática de ofensas, cabendo ao próprio ofensor decidir se as comete ou não.

O objetivo, então, é dissuadir somente as ofensas que provoquem danos externos superiores aos ganhos que proporcionam para os ofensores. Nesses termos, a perspectiva de internalização dos danos é a de *dissuasão ótima (optimal deterrence)*, e não de *dissuasão completa (complete deterrence)*, como era a compreensão clássica da dissuasão, em BECCARIA ou BENTHAM (Hylton K. N., 2017, pp. 325; 328-330). Se, nesta última, a pena é a “sanção do que é proibido”, naquela a pena é o “preço do que é permitido” (Wils, 2006, p. 14). A *dissuasão ótima*, nesse sentido, exige que as penas sejam baseadas no dano (*harm-based sanctions*), enquanto a dissuasão completa exige

penas baseadas no ganho (*gain-based sanctions*) (Wils, 2002, pp. 22-24).

Para ilustrar como é a dissuasão ótima no modelo de BECKER, é útil supor que os *custos de punir* sejam nulos, como em um exemplo dado pelo autor (1990 [1968], p. 69), que referirei mais à frente. Imagine-se, assim, este seguinte cenário.

EXEMPLO 2

1. *Danos*. Suponha-se, novamente, uma determinada ofensa que causa sempre o mesmo dano de \$10.000, a cada vez que é cometida.

2. *Custo de punir*. Desta vez, porém, imagine-se que o *custo de punir* seja zero, porque os *custos da pena* são inexistentes e os *custos de condenar* também.

2.1. Conforme BECKER, os *custos da pena* serão iguais a zero se a modalidade de pena empregada é a multa. Os custos de coletá-las são tão ínfimos que o autor os despreza. Multas, assim, são uma mera transferência de recursos do ofensor para terceiros – o custo da multa para o ofensor é igual ao ganho do beneficiário da multa –. Quanto aos *custos de condenar* (v.g. custos com investigações e processos, como os salários de juízes, promotores, policiais etc.), embora isto seja impossível, suponha-se que sejam nulos, apenas para ilustrar o raciocínio.

3. *Pena e probabilidade de condenação*. Nesse caso, como os *custos de punir* são nulos, a *probabilidade* de condenação pode ser agora elevada até 100%, sem qualquer custo, e nenhuma ofensa ficará impune. Já a *pena* pode ser fixada em qualquer patamar, porque também não haverá os *custos da pena*.

4. *Pena esperada*. A *pena esperada* é o produto da *pena* pela *probabilidade* de ser efetivamente imposta ao ofensor. Dessa vez, como se supõe uma probabilidade de 100%, a *pena esperada* será igual a *pena*. Seu valor depende, neste exemplo, da perspectiva adotada: *dissuasão total* ou *dissuasão ótima*.

5. *Efeito dissuasório*. Se o ofensor projeta um ganho superior ao custo que a *pena esperada* representa para ele, ele cometerá a ofensa; caso contrário, não. A pena esperada será tal conforme uma ou outra das seguintes perspectivas.

5.1. *Dissuasão total*. Suponha-se que o ganho obtido por algum ofensor com o cometimento dessa ofensa seja \$15.000. Caso o objetivo seja o de dissuadir futuros casos em que possíveis ofensores obtenham esse mesmo ganho de \$15.000, então a *pena* imposta deve ser superior a este ganho, *i.e.*, no mínimo \$15.001, digamos, para exemplificar com o primeiro número inteiro seguinte a \$15.000.

5.2. *Dissuasão ótima*. Qualquer que seja o ganho obtido pelo ofensor, se este supera o dano resultante da ofensa, não interessa dissuadir o seu cometimento. Neste exemplo, então, a pena deve ser fixada em \$10.000.

6. *Limite ótimo da pena esperada imposta*. Neste exemplo, particularmente, a imposição da *pena esperada* não implica qualquer *custo de punir*. O dano resultante da ofensa (\$10.000), portanto, não serve de limite aos *custos de punir* porque esses simplesmente não existem. Entretanto, na perspectiva da *dissuasão ótima*, o valor dos danos resultantes

da ofensa ainda serve de parâmetro para estabelecer a *pena esperada*, embora agora diretamente, sem considerar os *custos de punir*.

Nesse marco, a pena não inviabiliza o cometimento da ofensa em absoluto; apenas “cobra” do ofensor o “preço” necessário para dissuadir ofensas ineficientes futuras. Se o ganho proporcionado pela ofensa é superior aos danos que ela causa, esta ofensa é tida como “eficiente”, pois aumenta o bem-estar social em vez reduzi-lo, e como tal não deve ser evitada a qualquer custo, mas relativamente tolerada. Assim, por exemplo, se os *custos de punir* fossem iguais a zero e a *probabilidade de condenar* igual a 100%, do ofensor somente seria cobrado o “preço” que correspondente aos danos.

A multa, conforme BECKER, não gera um verdadeiro custo social, porque o custo que impõe ao ofensor é recebido como benefício pelo destinatário da multa. Se é assim, então, porque não impor a pena de \$15.000,00, no exemplo acima? Porque isso dissuadiria a repetição da ofensa que incrementa o bem-estar social.

Caso, porém, adotássemos a perspectiva da *dissuasão total*, e o ganho esperado por algum ofensor com o cometimento daquela ofensa fosse eventualmente de \$15.000, suponha-se, então ele deveria ser punido com no mínimo \$15.001 – para exemplificar com o primeiro número inteiro depois de \$15.000 –, de forma a dissuadir todos os possíveis ofensores que esperem obter esse mesmo ganho. Assim, esta última perspectiva, traduzida nos termos da sua antagonista (*dissuasão ótima*), considera como “dano” todo o ganho o obtido pelo ofensor quando este é maior que o dano realmente infligido às vítimas.

Estes dois primeiros pressupostos fundamentais podem ser resumidos, conforme FRIEDMAN, à proposta de “prevenir todas as ofensas ineficientes e somente as ofensas ineficientes” e apenas até o ponto em que isso não custe mais do que tolerar a repetição dessas ofensas ineficientes (1995, p. 48).

C. Multas reparatórias

Em parte derivados dos primeiros, estes dois seguintes parâmetros de otimização que extraio do modelo de BECKER podem ser sintetizados na proposta de aplicar multas com a finalidade de reparar os danos resultantes das ofensas, ou seja, “multas reparatórias”. Um parâmetro, então, é o que diz respeito à modalidade ótima de pena; o

outro, enfim, diz respeito à finalidade “ótima” de punir.

Se as perdas sociais são minimizadas quanto menor é o custo de punir, então a modalidade de pena menos custosa é a que deve ser empregada. A modalidade ótima de pena, nesse sentido, é a que implica o menor custo.

Para o ofensor, o valor da *pena esperada* é determinado pela sua extensão e probabilidade de lhe ser imposta. Para a sociedade como todo, entretanto, seu valor é determinado também pela modalidade de pena aplicada. Uma pena monetária (multa) não impõe sobre terceiros qualquer custo adicional para ser cumprida, a não ser os custos de “coletá-la”, que BECKER considera tão ínfimos que preestabelece serem inexistentes (1990 [1968], pp. 50, 61).

Penas não monetárias, entretanto, exigem custos adicionais que recaem sobre toda a sociedade. Estes são relevantes especialmente no caso da pena de prisão (v.g. a manutenção dos presídios, dos internos, do pessoal que o administra e vigia os internos), mas existem no caso de quaisquer outras penas não monetárias, a exemplo de algumas encontradas no Código Penal brasileiro, como a vedação do exercício de profissão, cargo ou determinada atividade e as restrições parciais da liberdade, como a limitação de fim de semana ou a proibição de frequentar determinados lugares.

Por tudo isso, enfim, a modalidade ótima de pena é a multa.

Quanto à finalidade de punir, será ótima aquela que permita minimizar *ao máximo* as *perdas sociais* relacionadas à criminalidade, isto é, minimizar tanto os custos de punir quanto os danos resultantes de crime.

Embora usualmente seja relegada ao Direito Civil, BECKER demonstra que a finalidade de reparar danos é a ideal também para a política penal se o seu objetivo for o de minimizar as *perdas sociais* em vez de agravá-las ainda mais. Aliás, uma vez que tal finalidade só pode ser perseguida através de multas, isso reforça novamente seu caráter ótimo enquanto modalidade de pena.

O principal argumento de BECKER, nesse ponto, é o de que penas de multa iguais aos danos, além de permitirem que esses sejam reparados, são suficientes para dissuadir quaisquer ofensas ineficientes e, ao mesmo tempo, viabilizar da forma menos dramática

que ofensas eficientes não sejam desestimuladas – ou seja, viabilizar que continuem sendo cometidas.

O objetivo principal de reparar não exclui o de também prevenir quando a extensão das penas, equivalendo ao dano da vítima, seja superior ao ganho que o ofensor obtém com a ofensa. Nesse caso, aliás, a pena previne tão só ofensas “ineficientes”, aquelas ofensas que produzem mais danos para as vítimas do que ganhos para os ofensores; as “eficientes”, porém, serão punidas, mas toleradas ao mesmo tempo: o ofensor irá reparar os danos e, mesmo assim, terá incentivos para praticar novamente a ofensa – reparando novamente os danos e outra vez cometendo a ofensa, e assim sucessivamente –, o que maximiza o bem-estar social, em vez de prejudicá-lo, porque a ofensa proporciona ganhos superiores ao valor suficiente para cobrir os danos. Por conta disso, BECKER sugere que a finalidade “ótima” da pena é a reparação.

Tudo isso está sintetizado em um exemplo prático que BECKER oferece a respeito de crimes concorrenciais – crimes que levam à restrição da concorrência entre os competidores em um mercado. O autor menciona que os economistas se dividem, tradicionalmente, entre duas posições a respeito da concentração de mercado. De um lado, há aqueles que condenam por princípio qualquer restrição da concorrência, porque entendem que disso necessariamente resultará uma redução do bem-estar social – posição adotada pela legislação americana no começo do século XX e muito entranhada na obra de SUTHERLAND, por exemplo, que considerava negativa qualquer restrição da concorrência e um dos mais graves entre os crimes do colarinho branco (Sutherland E. H., 1983; Salomão Filho S. C., 2002). De outro, há aqueles que entendem que as restrições da concorrência, como cartéis, não necessariamente reduzem o bem-estar social e, eventualmente, podem sim contribuir para incrementá-lo – posição adotada exemplarmente no Direito alemão contemporâneo (Salomão Filho S. C., 2002).

Diante dessa divergência, Becker apresenta uma solução neutra, no sentido de não estabelecer *a priori* uma resposta. Sugerindo o emprego de multas equivalentes aos danos resultantes da restrição concorrencial e destinadas a compensá-los, aponta que, se os danos superarem os ganhos de um cartel, por exemplo, os participantes serão encorajados a desistir da atividade; se, porém, seus ganhos forem superiores aos danos, a multa irá viabilizar a compensação dos danos e simultaneamente permitir a continuação da

atividade que, afinal, proporciona ganhos suficientes para reparar os danos e ainda lucros para ofensores, o que incrementa o bem-estar da coletividade (1990 [1968], p. 69).

Tudo resumir-se-ia, perceba-se, a estimar os danos corretamente. Estimados, se a pena aplicada de acordo com eles não for suficiente para desestimular a repetição da conduta, então é porque a conduta contribui para o aumento do bem-estar social: essa conduta gera ganhos superiores aos danos que causa a terceiros, ou seja, ganhos tais que são suficientes para reparar os danos e dar lucros, ainda. A pena passaria a ser um “royalty” pago às vítimas da atividade criminalizada. E se, por outro lado, os ganhos forem menores que os danos, a sociedade será compensada e a repetição da infração será desestimulada. Assim, nas palavras do autor, “não haveria qualquer razão para “ordenar a cessação ou desistência da atividade, nem a prisão de algum dirigente e tampouco a condenação ou dissolução da companhia” (1990 [1968], p. 67)⁷⁴.

Neste exemplo, BECKER supõe que o *custo da pena* para terceiros seja igual a zero, porque entende esse será sempre o caso quando a modalidade de pena empregada é a multa. Mas supõe também que a *probabilidade de condenação* seja de 100% e que os custos necessários para assegurar tal *probabilidade* sejam nulos (os *custos de condenar*). Na prática, porém, pelo menos estas duas últimas condições nunca estarão presentes. Isso não quer dizer que a ideia subjacente não remanesça, mesmo quando estas condições usadas no exemplo não estiverem presentes.

Nesse sentido, se a *probabilidade* de condenar não for de 100%, a proposta de fazer a *pena* de multa equivaler aos danos subsiste elevando-se o valor desta última, de forma que a *pena esperada*, ao menos, continue equivalendo aos danos (1990 [1968], pp. 69, nota 55)⁷⁵.

Para ilustrar o raciocínio, a partir de um exemplo oferecido por POSNER (1980, p. 415), elaborei este seguinte. Se o dano à vítima provocado pela ofensa é sempre de \$10.000,00, suponha-se, em duas ofensas o dano total é de \$20.000,00, em três é \$30.000,00 e assim por diante. Se probabilidade de impor a pena é de 50%, isso quer dizer

⁷⁴ “There would be no point to cease and desist orders, imprisonment, ridicule, or dissolution of companies” (1990 [1968], p. 67). Tradução minha.

⁷⁵ “Actually, fines should exceed the harm done if the probability of conviction were less than unity” (1990 [1968], pp. 69, nota 55). “Em verdade, [o valor das] multas devem exceder o dano causado se a probabilidade de condenação for inferior a 100%”. Tradução minha.

que, a cada duas ofensas cometidas, uma somente será efetivamente descoberta e punida. Para chegar-se à *pena* ótima de multa, então, deve-se tomar o valor dos danos e “dividir” esse valor pela probabilidade de implementar a pena efetivamente (Landes W. M., 1983, p. 657). Neste exemplo, então, a *pena* ótima será de \$20.000,00. Desse modo, a *pena esperada*, que é a *pena* “vezes” a *probabilidade* de condenação em 50%, equivalerá a \$10.000, que é o valor dos danos resultantes da ofensa.

Os custos de condenar, por sua vez, reduzirão a *pena* ótima da seguinte forma. Imagine-se que estejamos diante da mesma ofensa acima, que produz sempre um dano de \$10.000, e cuja *probabilidade* de ser condenada é a mesma, de 50%. Desta vez, porém, suponha-se que essa *probabilidade* dependa de um gasto equivalentes a \$4.000, que são os custos de condenar, neste exemplo, uma em cada 2 ofensas. Qual deve ser, então, a *pena* ótima?

A partir da explicação que FRIEDMAN oferece para o modelo de BECKER⁷⁶, a *pena esperada* ótima é igual aos danos menos os custos que implica para terceiros e os custos de condenar que lhe correspondem. Por se tratar de pena de multa, não há qualquer custo da pena para terceiros. Então, se não houvesse os custos de condenar, *pena esperada* ótima seria \$10.000, como vimos no exemplo anterior. Agora, porém, há de se considerar os custos de condenar, que são \$4.000 para assegurar a aplicação da pena a uma de cada duas ofensas. Assim, gasta-se em relação a cada ofensa cometida (punida ou não) o valor de \$2.000. Dessa forma, a *pena esperada* ótima será de \$8.000. A *pena* ótima, por sua vez, será de \$16.000.

Perceba-se que este último exemplo é análogo ao caso referido no **EXEMPLO 1**, acima⁷⁷, mudando apenas a modalidade de pena empregada. Naquela simulação, entretanto, porque a modalidade de pena empregada era prisão, que é extremamente custosa, o equivalente monetário da *pena esperada* ótima (de 3 meses de prisão) era de apenas \$5.000, enquanto que, desta vez, o equivalente monetário da *pena esperada* ótima – diretamente estampado nela, porque se trata de multa – é de \$8.000. A pena de multa, nesse sentido, por ser menos custosa, permite dissuadir mais a um menor custo. Note-se, mais uma vez, como otimizar a política penal implica retrai-la, agora com relação a

⁷⁶ E simplificando-a, conforme expus acima (Subtítulo 7.3.A), quer dizer, supondo que o referido custo – de \$4.000, neste exemplo – seja fixo.

⁷⁷ Subtítulo 7.3.A.

severidade das penas.

Baseando-se no caráter “gratuito” da multa do ponto de vista social, BECKER levará às últimas consequências a defesa de seu emprego. O autor sugere, nesse sentido, que a política “ótima” seria baixar a probabilidade de condenar ao mínimo e, para contrabalançar, elevar ao máximo a extensão da pena de multa (1990 [1968], pp. 62-63), o que implica multas com valores indefinidamente altos, que tendem a consumir todo o patrimônio do ofensor⁷⁸. Ao entender que multas não implicam qualquer verdadeiro custo social – são meras transferências de recursos –, esta vantagem compensa qualquer outra que, em geral, seria mais eficaz, porém socialmente custosa. Nesse sentido, embora dê crédito à ideia de que aumentar a probabilidade de condenar tem mais efeito que aumentar a pena, por exemplo, ignora essa ideia se a pena empregada é a multa.

Dentre os diversos estudos que se dedicaram a analisar criticamente este ponto na mesma tradição teórica, conhecida como “enigma de Becker” (Davidson, Martin, & Wilson, 2005, pp. 1-2; Garoupa, 1997)⁷⁹, extraio apenas observação que aponta uma contradição do autor e interessa esclarecer aqui. Considere-se que, se a pena de multa houver de ser aplicada em conjunto com a pena de prisão ou em substituição a ela – o que BECKER sugere, quando o ofensor não possa pagá-la –, nesse caso a probabilidade de implementar ambas as modalidades de penas deve ser determinada ao mesmo tempo, conforme analisam A. Mitchell POLINSKY & Steven SHAVELL (2000, pp. 55-56). Nesses termos, e embora BECKER não tenha analisado essa ou outras questões relacionadas a esta solução “enigmática”, entendo que à luz do seu próprio modelo ela somente se aplicaria quando a pena de multa fosse a única prevista para determinada ofensa.

⁷⁸ Suponha-se que os custos da pena para terceiros sejam iguais a zero, porque a multa é empregada, e os custos de condenar sejam tão ínfimos que possam ser considerados iguais a zero, porque a probabilidade de condenar é ínfima. Nesse cenário, se a pena seria \$ 1.000, em face de um dano de \$1.000, mas a probabilidade de aplicá-la é de apenas 1 em 100, para que a pena esperada seja igual a \$1.000, a pena precisa ser elevada para \$100.000 ($1.000 \div 1/100$). Se a probabilidade, no entanto, é de 1 em 1.000.000, então a pena deve ser de \$100.000.000. Conforme a probabilidade é ainda menor, maior será indefinidamente o valor da pena.

⁷⁹ Um argumento usado contra essa posição, por exemplo, é o da dissuasão marginal, desenvolvido por George STIGLER (1970), embora não expressa e especificamente contra BECKER, que é ponto de partida da análise de STIGLER, aliás. Conforme este último, estabelecer penas máximas elimina o efeito dissuasório marginal, porque um crime adicionalmente (ou “marginalmente”) mais grave não acarreta uma pena mais grave, incentivando que, quem decidiria cometer apenas o crime mais leve, decida já cometer o mais grave.

Se a modalidade de pena empregada, entretanto, não é monetária (multa), resta inviabilizada a reparação do prejuízo das vítimas, e haverá os custos sociais que inexistem quando a pena, como a multa, é uma simples transferência de recursos. Por tudo isso, BECKER sugerirá que as penas de multa sejam empregadas “sempre que possível”, proposta cujo significado e implicações discutirei no próprio tópico.

7.4. Multas “sempre que possível”

A proposta de BECKER, neste ponto, traduz-se em um princípio geral, conforme o qual penas não monetárias devem ser empregadas apenas quando os danos causados pelo ofensor superarem os recursos de que dispõe para arcar com a multa que seria fixada. Esse princípio se aplica de duas formas distintas: (i) no caso dos crimes que resultam em danos cujos valores suponham-se extremamente altos (v.g. homicídios, estupros etc.), a ponto de que, por definição, estabeleça-se que ninguém no mundo possa dispor da quantia monetária equivalente a tais danos; (ii) nos casos em que o ofensor, numa situação determinada, não possua os recursos suficientes para arcar com a multa estabelecida (1990 [1968], p. 66). Ou seja, nesta segunda hipótese, multas seriam substituídas por penas como a prisão.

A respeito da crítica de que seria imoral punir com multas, pois equivaleria a permitir que se “comprasse” o direito de cometer uma ofensa por um certo preço, BECKER afirma que toda forma de punição já é um preço. A diferença seria unicamente a unidade de medida. A pena de prisão, por exemplo, tem o preço medido em tempo; a de multa em unidades monetárias (1990 [1968], pp. 64-65). De acordo com o autor, a prisão seria um caso especial de preço por “tempo de espera” (como em filas), um dos mecanismos de alocação de recursos alternativo à precificação monetária, como é o planejamento econômico centralizado nos países comunistas, ou os pagamentos em espécie (1990 [1968], pp. 180, 191).

Frente à crítica de que a sistemática de substituição da multa pela prisão seria injusta em relação às pessoas mais pobres, BECKER argumenta, primeiro, que o ofensor possui uma “dívida” com credores (as vítimas) que com ela não consentiram; quer dizer, o crime produz uma “dívida”, mas não é um empréstimo voluntário. Sugere, dessa forma, que a sociedade estaria igualmente autorizada a cobrar o “débito” do ofensor por modos que independam do seu consentimento. Além disso, o autor sustenta que permitir o

pagamento da multa é muito melhor do que enviar o pobre direto à prisão. Em suas palavras,

Se um homem rico compra um carro e um homem pobre furta um, o primeiro é parabenizado, já o segundo é condenado à prisão. Embora a compra feita pelo homem rico seja equivalente a um 'furto' seguido pelo pagamento de certa 'multa' equivalente ao valor do carro, o pobre é condenado à prisão porque, com efeito, não pode pagar essa 'multa' (1990 [1968], p. 67)⁸⁰.

Para o autor, a questão referente à justiça dessa substituição resumir-se-ia, tão só, a saber se a duração da *pena de prisão* é justa relativamente ao valor da *pena de multa*. BECKER cita como exemplo a aplicação de certa multa que, em valores atuais, corresponderia a US\$ 75.000,00, aproximadamente⁸¹, e seria substituída por uma pena de prisão de uma semana para aqueles que não pudessem pagá-la (1990 [1968], p. 67). Segundo o autor, nesse exemplo, o tempo da *pena de prisão*, relativamente ao valor da *pena de multa*, pode soar injusto no máximo para pessoas ricas, que sejam obrigadas a pagar a multa; possivelmente, argumentariam que o valor da multa é demasiadamente alto para um tempo de prisão muito pequeno. Uma pessoa qualquer, se pudesse escolher, provavelmente preferiria uma semana de prisão a pagar aquele valor⁸², que corresponde a mais do que a *renda per capita* anual americana em 2017, de US\$ 59.531,70 (Banco Mundial, 2019).

Para uma pessoa pobre, a injustiça surge quando, em troca de certa multa que não pode pagar, o tempo de prisão exigido é muito extenso. Naquele hipotético exemplo de BECKER, um dia de prisão equivale a US\$ 10.700,00. Mas, em um exemplo real que ele encontrou (1990, p. 68), um dia de prisão equivalia em valores atuais a US\$ 20,00: a multa era de cerca US\$ 7.500,00⁸³ e o tempo de prisão era de 1 ano – sendo a *renda per*

⁸⁰ “If a rich man purchases a car and a poor man steals one, the former is congratulated, while the latter is often sent to prison when apprehended. Yet the rich man's purchase is equivalent to a "theft" subsequently compensated by a "fine" equal to the price of the car, while the poor man, in effect, goes to prison because he cannot pay this "fine"” (1990 [1968], p. 67). Tradução minha.

⁸¹ Conforme calculadora de inflação on-line disponível no site do BUREAU OF LABOR STATISTIC do UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR (2019), tomando como base o valor original de US\$ 10.000,00 em janeiro de 1968, ano de publicação de *Crime and Punishment*, chega-se ao montante atual de US\$ 74.127,86 em fevereiro de 2019.

⁸² Supondo, é claro, que o custo de estar preso é exclusivamente a privação da liberdade e suas consequências, não incluindo sofrimentos e riscos típicos de uma prisão brasileira, por exemplo.

⁸³ Conforme calculadora de inflação on-line disponível no site do BUREAU OF LABOR STATISTIC do UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR (2019), tomando como base o valor original de US\$ 1.000,00 em janeiro de 1968, ano de publicação do texto de BECKER (1990 [1968]), chega-se ao montante atual de US\$ 7.412,79 em fevereiro de 2019.

capita mensal americana de US\$ 4.960,98 atualmente (Banco Mundial, 2019) –. Como ilustra esse caso, “o tempo de prisão excessivo relativamente ao valor da multa explica por que a prisão em substituição à multa é considerada injusta para criminosos pobres, que frequentemente devem “escolher” a alternativa da prisão” (1990 [1968], p. 68)⁸⁴.

O autor ainda propõe uma política “tolerante”, nas suas palavras, para os que não possam pagar a multa. Essa política consistiria em fixar um tempo de prisão pouco inferior àquele que corresponderia ao equivalente monetário ótimo da pena de prisão – o valor monetário equivalente à pena de prisão se essa fosse fixada como multa, mas com os custos da pena de prisão. No caso hipotético que ele elabora (acima), por exemplo, isso significaria um tempo de prisão ainda menor que o de uma semana. Desse modo, não só o custo da pena de prisão seria reduzido, como o tempo de prisão (em lugar da multa) não soaria injusto, porque seu equivalente monetário seria inferior ao valor da multa que seria aplicável (1990 [1968], p. 67). Note-se como, nesse caso, BECKER faz coincidir “tolerância” com eficiência econômica.

No modelo de BECKER, como visto, são igualmente considerados os danos a bens não monetários. Mesmo para esses, porém, o autor entende ser possível uma estimativa monetária, por mais difícil e especulativa que seja, até porque isso é fundamental para sua proposta de multas “sempre que possível”. O “preço” em dinheiro desses danos – como qualquer preço em termos de quaisquer outros bens – é a quantia monetária pela qual se admitiria tolerá-los ou pelo qual, no limite, poderiam ser “trocados”. Isso não o impede de antecipar que certos crimes, como homicídios e estupros, causam danos tais que nenhuma quantia monetária disponível no mundo seria suficientemente equivalente a eles. Portanto, estimá-los em dinheiro, além de ser difícil, não teria qualquer utilidade prática.

Esses crimes – homicídios e estupros – são casos emblemáticos que o autor menciona para dizer quando concebe o uso de penas não monetárias, como a de prisão, embora só até o limite em que sejam úteis para coibir futuros crimes, considerando a elasticidade da oferta desses crimes em relação a aumentos na *pena esperada*. Não quer dizer, portanto, que esse objetivo de coibir crimes tão graves deva ser perseguido a

⁸⁴ “... excessive prison sentences relative to the fines, which may explain why imprisonment in lieu of fines is considered unfair to poor offenders, who often must “choose” the prison alternative” (1990 [1968], p. 68). Tradução minha.

qualquer custo. Qual seria o custo, por exemplo, de coibir via política penal o cometimento de todos os homicídios? Conforme David FRIEDMAN, parte desse custo seria monetário – *i.e.*, gastos com bens usualmente estimados em dinheiro, para suportar gastos com mais policiamento, investigação, tribunais etc. –, e outra parte (não-monetária), provavelmente, seria tolerar a condenação de inocentes, estabelecendo um nível de exigência de provas (“standard of proof”) baixo o suficiente para não deixar escapar da condenação um único homicídio sequer, mas que, ao mesmo tempo, implicaria também a condenação de inocentes (Friedman D. D., 2000, p. 225). Investir nesse objetivo o máximo possível de recursos do orçamento público também privaria de investimentos outros serviços sensíveis que o Estado igualmente provê (v.g. saúde, assistência social).

Tudo isso ilustra de que forma os danos resultantes de homicídios, mesmo esses, possuem um “preço”, que por sua vez pode ser inferior ao custo de combatê-los todos. Nesses termos, desde que se admitam comparações entre distintos bens, pode-se dizer que ambos possuem um “preço” em termos um do outro (sejam esses bens quais forem). Conforme BECKER, preços são, em si mesmos, apenas uma medida da escassez e não um “valor material” (1996, pp. 166, nota 9). Assim, o que importa fundamentalmente para o modelo do autor é a ideia de que todos os bens são comparáveis entre si e, nesse sentido, possuem um “preço” ou “equivalente” em termos um do outro. Por sua vez, a estimativa de um bem especificamente em termos monetários, para além de ser uma abstração que facilita essas comparações, só tem real utilidade quando a pena empregada for a multa.

O autor reconhece que a estimativa de danos imateriais, como danos à personalidade, será fatalmente “figurativa”, “especulativa” e apenas “grossamente” equivalente⁸⁵. Reconhecendo a dificuldade, entretanto, ele a encara tão somente como tal – *i.e.*, uma dificuldade a mais –, e não como obstáculo intransponível, que o faça reformular seu modelo. Aponta, nesse sentido, que a mesma dificuldade às vezes se apresenta também em processos cíveis que buscam estimar danos materiais, apenas, e que isso não tem impedido o funcionamento razoável desses processos. Admite que, assim como ocorre em processos por danos punitivos (“punitive damages”), também aqui

⁸⁵ BECKER refere-se a HARPER & JAMES (1956, p. 1301), endossando o caráter especulativo, figurativo e de apenas “grossa correspondência” da estimativa monetária dos danos a direitos da personalidade.

“graves enganos” ocorrerão eventualmente. Com o tempo, porém, supõe que regras serão desenvolvidas para diminuir a “margem de erro” (1990 [1968], p. 69 e nota 57).

Partindo da proposta do autor de aplicar multas reparatorias “sempre que possível” e dos parâmetros que a informam, nada obstante tais dificuldades que examinei neste último tópico, no próximo Capítulo avalio em que medida o DPE orienta-se nessa direção, o que me servirá de “índice”, enfim, para avaliar em que medida pode ou não cumprir sua função de proteção da “economia”.

Capítulo 8 – A proteção da economia pelo Direito Penal

Neste Capítulo final, coloco-me a tarefa de avaliar, de acordo com o modelo de BECKER, em que medida alguns instrumentos, mecanismos e “lógicas” próprias de funcionamento do Direito Penal Econômico (DPE) permitem ou inviabilizam que ele desempenhe de forma ótima a função que a doutrina lhe atribui e que, como interpretei acima, em termos econômicos e criminológicos, traduz-se como a função de proteção da economia (lícita).

A questão fundamental não é saber, simplesmente, se o DPE protege ou não protege a economia. A análise a seguir não oferece uma resposta do tipo “sim ou não”, “sempre ou nunca”, “tudo ou nada”. O que proponho é identificar que condições o DPE reúne ou não para perseguir o seu objetivo de forma consistente, coerente, o que, nos termos propostos por BECKER, significa avaliar se o faz de forma eficiente, quer dizer, da melhor forma possível. Os parâmetros de otimização que o autor oferece ele os infere exigindo coerência da política penal em relação aos seus próprios objetivos – e, nesse sentido econômico, coerência é igual à eficiência.

BECKER “supõe” que o objetivo da política penal seja o de minimizar as perdas sociais relacionadas a crimes. Aqui, entretanto, não é necessário “supor” nada, mas apenas trabalhar com a suposição que a doutrina já faz, quando efetivamente atribui ao DPE a função de proteger a economia, em dois sentidos: (i) protegendo diretamente o conjunto de interesses que se apresentam nesse âmbito ou setor determinado de atividades ou relações sociais denominado “economia”; (ii) protegendo esse conjunto de interesses indiretamente, na medida em que assegura o funcionamento “equilibrado” ou “normal” da “economia”, compreendida agora como se fosse uma máquina, estrutura ou órgão que viabiliza a realização daqueles interesses.

O modelo de BECKER não serve apenas a avaliações absolutas ou “totais” da política penal, como verificar se “protege” ou “não protege” o bem-estar coletivo, mas presta-se igualmente para avaliar o “quanto” ela o “protege” ou não. Por exemplo: partindo do autor, conclui-se que a política penal, quando coíbe ofensas eficientes, absolutamente não protege o bem-estar coletivo; em vez disso, agrava as perdas sociais, desestimulando o cometimento de ofensas que elevam o bem-estar. Já quando emprega desnecessariamente métodos mais custosos de dissuadir, como prisões em vez de multas,

pode até ser que a política penal, em termos absolutos, contribua para reduzir as perdas sociais relacionadas a crimes. Se, porém, empregasse multas em lugar das penas de prisão, contribuiria mais ainda para reduzir as perdas sociais: seja porque os mesmos crimes seriam coibidos a um menor custo, seja porque mais crimes poderiam ser coibidos ao mesmo custo.

BECKER identifica, então, parâmetros de otimização da política penal, que são as condições que lhe permitiriam minimizar *ao máximo* as perdas sociais relacionadas a crimes e, nessa medida, maximizar o bem-estar social.

Por conveniência, nesta oportunidade, vou limitar-me ao emprego desses parâmetros para realizar uma avaliação qualitativa, *i.e.*, independente de valores monetários concretos. Adiante, irei abordar quantitativamente as possíveis modalidades de pena no DPE, mas aí não se tratará de aplicar o modelo de BECKER, mas tão só de identificar uma tendência que possa ser analisada à luz do autor.

Meu objetivo, então, será avaliar em que medida o DPE, em linhas gerais, está de acordo ou não com aqueles parâmetros de otimização da política penal que inferi no Capítulo anterior, isto é, (i) fixar penas que não impliquem um custo social superior aos danos resultantes de crimes, ou melhor, que impliquem o menor custo possível para coibir o máximo de danos possível; (ii) fixar penas cujos valores equivalham (no máximo) aos danos resultantes de crimes, e não aos ganhos dos ofensores, de forma a não coibir a reiteração de ofensas eficientes; (iii) e, enfim, aplicar multas reparatórias “sempre que possível”.

Esses parâmetros poderiam ser aplicados para avaliar infundáveis aspectos do DPE. Aqui, entretanto, vou limitar-me a aplicá-los para avaliar três elementos que mais parecem-me serem possíveis de avaliar qualitativamente com base naqueles parâmetros. Esses elementos são, respectivamente àqueles parâmetros: (i) os mecanismos que, em face da menor extensão dos danos ou de sua reparação, permitem mitigar ou até mesmo excluir a punição; (ii) a perspectiva de dissuasão – se *dissuasão ótima* ou *dissuasão completa* – que, pelo que pode inferir de previsões legais, predomina no DPE; (iii) e, por último, especialmente, as tendências favoráveis e contrárias ao emprego de penas pecuniárias e reparatórias no DPE.

Ficarão absolutamente de fora da análise, por exemplo, os chamados “substitutivos penais”, *i.e.*, a suspensão condicional da pena ou do processo, o livramento condicional e a transação penal (Cirino dos Santos, 2005; Busato, 2015). Seu estudo seria certamente muito interessante, aqui, mas só voltarei a ele em oportunidade futura. Também seria possível aplicar a teoria de BECKER para avaliar toda a dosimetria das penas privativas de liberdade nos crimes econômicos. Essa análise, porém, seria muito mais complexa e extensa, e também a deixarei para oportunidades futuras.

Também ficarão de fora da análise aspectos da política penal relativa a crimes econômicos e que não digam respeito às penas ou a modalidades de penas. Ao DPE não cabe o controle de toda a política penal relativa a crimes econômicos. No que diz respeito à *probabilidade de condenação*, especificamente, ela resulta das decisões governamentais de quanto investir, em termos de recursos materiais e humanos, para investigar e processar ofensores, *i.e.*, para descobri-los e condená-los. Para fins de política penal, à legislação criminal em geral – e ao DPE em particular, no seu âmbito – cabe especialmente estabelecer quantidades e modalidades de pena, e não a maior ou menor probabilidade com que um crime será punido. A análise do DPE em vista do modelo de BECKER, portanto, logicamente há de se concentrar sobre definições de penas e suas modalidades.

A partir das conclusões extraídas da análise de cada um desses elementos que irei avaliar, creio que poderei apontar qual a tendência predominante no DPE e, enfim, algo quanto à raiz dessa tendência, como veremos nas considerações finais.

8.1. O valor dos danos e o custo de punir

Existem alguns mecanismos no Direito Penal em geral que reduzem os custos de punir, mitigando a pena que será imposta ao ofensor ou até excluindo a aplicação de qualquer punição, nos casos em que ocorre a reparação dos danos resultantes do crime ou em que o valor desses danos é considerado pequeno ou irrelevante.

Neste tópico, objetivo analisar, precisamente, quais são as limitações e os potenciais desses mecanismos em vista da otimização da política penal no âmbito dos crimes econômicos.

A. Mecanismos redutores do custo de punir em face do valor dos danos ou da reparação

Começo listando quais são esses mecanismos, abordando primeiro aqueles relativos à reparação do dano.

Mitigam a pena, nesse sentido: (i) entre um e dois terços, o “arrependimento posterior”, que o Código Penal define como a restituição da coisa ou a reparação do dano, “nos crimes cometidos sem violência ou grava ameaça à pessoa”, “por ato voluntário do agente” e “até o recebimento da denúncia ou queixa” (art. 16); (ii) sem valor definido de redução da pena, o fato de o ofensor, segundo o Código, reparar o dano antes do julgamento, ou procurar espontaneamente evitar ou minorar as consequências do crime, logo após havê-lo cometido (art. 65, III, b). Nesse caso, não importa se o crime foi ou não cometido com violência e a reparação, especificamente, não precisa ser espontânea (Busato, 2015, pp. 903-904).

Quanto à exclusão da pena em razão da reparação do dano, não há uma previsão genérica no Código Penal, como há para a mitigação da pena. Contudo, para alguns crimes, especialmente no âmbito do DPE, existe previsão nesse sentido que vem acoplada aos tipos de crime específicos ou é feita em leis extravagantes. A mais ampla delas encontra-se na Lei n. 10.864/2003 (art. 9º), quando, referindo-se aos crimes tributários da Lei n. 8.137/1990 e dos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, determina a “extinção da punibilidade”⁸⁶ se houver o “pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

Acopladas a tipos específicos de crimes, encontram-se também previsões que, em face da reparação do dano, oscilam entre determinar a exclusão da pena ou somente sua mitigação. No crime que o Código Penal denomina “peculato culposo”, por exemplo, “a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta” (art. 312, § 2º).

⁸⁶ A extinção da punibilidade é “o desaparecimento do poder de punir do Estado em relação a fatos definidos como crimes, pela ocorrência de eventos, situações ou acontecimentos determinados na lei como *causas* de extinção da punibilidade” (Cirino dos Santos, 2008, p. 689) .

Quanto aos mecanismos de mitigação ou exclusão da pena em razão da extensão dos danos e independentemente de sua reparação, não há uma previsão no Código para os crimes em geral, mas há previsões acopladas a tipos de crime específicos.

Nesse sentido, para um bom número de crimes patrimoniais não violentos, o juiz pode diminuir a pena de prisão entre um e dois terços ou aplicar somente a pena de multa se o dano patrimonial é de pequeno valor e o ofensor é primário (art. 155, § 2º)⁸⁷. Em relação aos crimes tributários previdenciários (arts. 168-A e 337-A), o Código Penal prevê que o juiz pode aplicar somente a pena de multa ou até mesmo deixar de aplicar qualquer pena se o ofensor é “primário e de bons antecedentes” e se o valor devido é no máximo igual “àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais” (arts. 168-A, § 3º, II e 337-A, § 2º, II).

Além desses casos específicos, a jurisprudência estabelece a possibilidade mais geral de um crime deixar de ser punido em vista da “insignificância” dos danos que provoca. Tecnicamente, aliás, entende-se que sequer haveria um crime, nesses casos. De acordo com esse entendimento, que é o “princípio da insignificância”, não basta a conduta coincidir formalmente com a descrição legal de um crime; é necessário que o dano resultante da conduta seja relevante, significativo (Bitencourt C. R., 2000, pp. 43-44). Nesse sentido, por exemplo, CAPEZ cita julgados dos Tribunais superiores, todos de 2009, quando esses aplicaram o princípio da insignificância para rechaçar a punição de furtos de botijões de gás vazios (R\$ 40,00), de dois frascos de xampu (R\$ 6,64) ou de alguns alimentos (R\$ 84,46) (2011, pp. 30-31).

No âmbito dos crimes patrimoniais, os Tribunais superiores adotam basicamente quatro “vetores” para autorizar ou não a aplicação do princípio da insignificância: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão” (Busato, 2015, pp. 64-65; Capez, 2011, pp. 29-30). Tais vetores não possuem um significado preciso e resumem-se, na prática, a considerações sobre o valor do bem subtraído e a características pessoais dos ofensores (Rocha Júnior & Mocelin, 2012),

⁸⁷ Essa disposição, prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal, aplica-se a todas as formas de apropriação indébita, definidas nos artigos 168, 168-A e 169 (art. 170), ao crime de estelionato (art. 171, § 1º), ao crime de fraude no comércio (art. 175, § 2º) e a uma das modalidades do crime de receptação (art. 180, § 5º).

essas últimas, como os maus antecedentes, utilizadas para rechaçar a aplicação do princípio da insignificância quando ela seria possível caso se partisse exclusivamente do valor do bem subtraído (Busato, 2015, p. 65). O critério do valor do bem, no mais, é ponderado pelas condições econômicas da vítima, *i.e.*, quanto mais abastada a sua situação, maior tende a ser o valor limite que se admite para aplicar o princípio da insignificância, e vice-versa (Busato, 2015, pp. 65-66; Capez, 2011, pp. 30-31).

Quanto aos crimes tributários, inclusive os previdenciários e o descaminho, a jurisprudência admite a aplicação do princípio da insignificância para valores muito maiores, de até R\$ 20.000,00, atualmente, caso se trate de débitos para com a União. Esse é o valor mínimo adotado, na União, para autorizar a execução judicial de um débito tributário. A jurisprudência, nessa linha, entende que se tal valor não justifica nem a execução judicial do débito, não haveria porque justificar a punição criminal (Regis Prado, 2019, pp. 438-439; Capez, 2011, p. 32; Gomes, 2012). Dessa vez não importa, aliás, se o agente é reincidente ou possui maus antecedentes (Bottini, Oliveira, Papa, & Ribeiro, 2012).

B. Desimportância dos custos de punir

Caminham no sentido da otimização da política todas as iniciativas que mitigam ou excluem a pena quando os danos são ínfimos ou reparados, porque reduzem os custos de punir ante a menor quantidade de danos resultante da ofensa ou da quantidade de danos havida após a reparação. Nada obstante, os mecanismos de que o Direito Penal em geral dispõe para levar essa tarefa a cabo são tímidos e frequentemente orientados por critérios ineficientes. Começo apontando esses problemas em relação ao último daqueles mecanismos, que é o princípio da insignificância.

Todos os autores referidos anteriormente⁸⁸ apontam que uma grande confusão domina a questão da aplicação do princípio da insignificância, porque não há disciplina legislativa a respeito e há muita divergência jurisprudencial, quanto a, por exemplo, considerar ou não as características pessoais e o histórico criminal do ofensor, ou quanto aos valores limites que se podem considerar “insignificantes”. Procurei referir-me ao

⁸⁸ No Subtítulo anterior (8.1.A).

tema, inclusive, da forma mais breve e simples possível, pois não pretendo analisar essas divergências ou seus detalhes técnicos.

O que extraio dessa breve revisão do tema é que tal confusão resulta, de forma bastante sintomática, da timidez com que se aplica o princípio da insignificância. E essa timidez, por sua vez, resulta de um dos critérios que, a meu ver, orienta de forma preponderante a aplicação desse princípio: o desinteresse da vítima na lesão que tenha sofrido.

Assim, entendo, é por essa razão que se permite a aplicação do princípio da insignificância para débitos tributários de até R\$ 20.000,00, quando a União é a vítima, mas impede-se ou dificulta-se a sua aplicação, qualquer que seja o valor, se o débito é para com Estado ou Município que não tenha estabelecido regra semelhante à da União (Gomes, 2012) – a qual não autoriza executar judicialmente débitos tributários inferiores a R\$ 20.000,00, atualmente. É também por essa razão que se defende que a condição econômica da vítima deve ponderar o que é ou não um dano insignificante. Nesses últimos casos, procura-se de alguma forma excluir ou mitigar a aplicação do princípio da insignificância porque não há manifestação explícita da vítima demonstrando seu desinteresse na lesão que tenha sofrido, inclinando-se a Justiça a tentar inferir indiretamente esse desinteresse.

Perceba-se que nessa operação não entra realmente em consideração uma preocupação com os custos de punir em relação aos danos. Pouco importa, então, que recursos públicos sejam dispendidos para investigar e processar crimes que tenham resultado em danos insignificantes e que isso agrave ainda mais as perdas sociais relativas a crimes.

O fato de a insignificância dizer respeito apenas à lesão sofrida pela vítima, portanto, e não aos custos de punir, caminha contrariamente à otimização da política penal.

Outros critérios ineficientes que o princípio da insignificância incorpora, agora especificamente com relação aos crimes patrimoniais – os quais parcela da doutrina considera que eventualmente sejam também crimes econômicos, como vimos no Capítulo 5 –, é levar em consideração critérios como “periculosidade social da ação” ou que digam

respeito às características pessoais do ofensor, como a exigência de primariedade e bons antecedentes. O histórico criminal do ofensor também aparece como critério no art. 155, § 2º, do Código Penal – que se aplica a diversos crimes patrimoniais não violentos⁸⁹ – e nos crimes tributários previdenciários (arts. 168-A e 337-A). Esses dispositivos determinam que o juiz mitigue a pena ou até mesmo deixe de aplicá-la se o dano resultante não for relevante, mas impedem que isso ocorra em caso de reincidência ou de maus antecedentes do ofensor.

Vou analisar com mais detalhes qual o significado desses critérios a seguir⁹⁰. Por ora, adianto que, a meu ver, o que fazem é elevar os custos de punir de forma ineficiente, pois, independentemente de os danos resultantes do crime serem maiores, impõem a aplicação de penas mais severas e custosas. A mesma crítica, aliás, aplica-se a proibição de aplicar o art. 16 do Código Penal – que é a redução da pena ante a reparação do dano antes da denúncia ou queixa ser recebida – a qualquer crime cometido com violência ou grave ameaça.

Por fim, importa analisar o significado das exigências de voluntariedade, espontaneidade ou prazos determinados para efetuar a reparação do dano, sob pena de não se permitir a redução da pena pelos mecanismos previstos nos art. 16 e 65, III, b, do Código, ou a exclusão da punição, no caso do art. 312, § 2º (“peculato culposo”).

Essas são exigências moralistas, entendo, que elevam o custo de punir de forma ineficiente. Se, em algum momento, admite-se mitigar ou até excluir a pena em função da reparação, o que muda substancialmente a partir de certo momento que não mais permite essa mesma operação? A meu ver, em todos aqueles casos, entendo que seja simplesmente um juízo moral sobre o caráter do ofensor. Embora mencione-se o “arrependimento” explicitamente tão só no caso do artigo 16, a lógica é mesma naqueles outros dispositivos, que é recompensar o autorreconhecimento da “culpa” pelo ofensor. Eficiente seria, porém, simplesmente elevar o valor exigido como reparação, conforme o tempo passasse, e isso funcionaria como juros ou espécie de multa menos dramática pelo atraso.

⁸⁹ Essa disposição, prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal, aplica-se a todas as formas de apropriação indébita, definidas nos artigos 168, 168-A e 169 (art. 170), ao crime de estelionato (art. 171, § 1º), ao crime de fraude no comércio (art. 175, § 2º) e a uma das modalidades do crime de receptação (art. 180, § 5º).

⁹⁰ Subtítulos 8.3.B.a e 8.3.B.b, adiante.

Concluindo, vê-se que, embora tais mecanismos que mitigam ou excluem a pena tendam a favorecer a redução dos custos de punir quando os danos resultantes do crime são ínfimos ou reparados, frequentemente são descartados porque orientados por critérios ineficientes.

O DPE, por seu turno, foge a essa tendência que domina o Direito Penal em geral quando permite, em relação aos crimes tributários, que seja excluída a possibilidade de punir se os débitos forem pagos (art. 9º, Lei n. 10.864/2003). Se, porém, tem como objetivo proteger a economia, deveria desfazer-se de também daqueles parâmetros ineficientes e preocupar-se com minimizar sempre e ao máximo as perdas sociais, o que significaria admitir também para outras espécies de crime que a reparação exclua a possibilidade de punição ou, ao menos, a mitigue.

8.2. A dissuasão completa como “lógica” predominante no DPE

Vimos que a perspectiva de BECKER é denominada *dissuasão ótima*, em contraste com a *dissuasão completa*. Isso significa que autor concebe a pena como preço do que é permitido, e não como sanção do que é proibido.

Ele chega a essa conclusão exigindo coerência da política penal em relação a seu objetivo de minimizar as perdas sociais resultantes de crimes, em vez de agravá-las ainda mais. Por isso é que, se determinada ofensa produz mais ganhos do que danos, seu cometimento não deve ser desestimulado. Do ofensor deve-se cobrar o “preço” que é a pena correspondente aos danos, mas não mais do que isso; uma vez que seus ganhos sejam superiores a esse “preço”, continuará cometendo a ofensa e, do ponto de vista do bem-estar social, essa é a melhor solução. Daí que as penas, na perspectiva da *dissuasão ótima*, devem ser limitadas aos danos.

É mais fácil vislumbrar o funcionamento dessa proposta quando a modalidade de pena empregada é a multa e os recursos arrecadados através dela são destinados às vítimas, para ressarcí-las. Como vimos acima, entretanto, BECKER não restringe a aplicação dessa proposta aos casos com penas de multa, porque também compreende que penas não monetárias são um “preço” cobrado do ofensor. Muda a unidade de medida – que é em unidades de tempo, no caso da prisão, por exemplo – e o fato de que o ressarcimento das vítimas não será possível. Por sua vez, subsiste o efeito dissuasório que

interessa: dissuadir somente as ofensas ineficientes, aquelas que proporcionem para quem as cometa um ganho inferior ao dano causado.

Já na perspectiva da *dissuasão completa* interessa desestimular o cometimento da ofensa mesmo nesses casos. Traduzindo-a nos termos daquela, ela compreende que todo ganho criminoso é um dano social. As penas, então, devem ser fixadas em função desse ganho – em um montante sempre superior a ele, precisamente –, para desestimular o cometimento também das ofensas que BECKER diria “eficientes”.

Vejamos, agora, qual dessas perspectivas o DPE adota.

Antes de tudo, aponto o seguinte. Se o seu objetivo é proteger a “economia” e primordialmente esse objetivo guiasse seu funcionamento, a perspectiva que haveria de adotar seria a da *dissuasão ótima*. Pouco importaria se o ganho é criminoso ou não: se ele é superior ao dano “econômico”, interessa que a ofensa continue sendo cometida, pois incrementa o bem-estar “econômico”. A pena aplicada, nesse caso, deve limitar-se ao valor do dano, exclusivamente: se ofensor paga o “preço” (a pena) correspondente ao dano e ainda insiste no cometimento da ofensa, isso deve ser tolerado. Serão dissuadidos de cometê-la apenas aqueles que projetarem um ganho inferior ao valor do dano, que vai estampado na pena.

Nesses termos, entendo que, para um Direito Penal que se propõe proteger a “economia”, seria um contrassenso desestimular o cometimento de ofensas eficientes. Porém é exatamente isso o que o DPE tende a fazer.

A par de qualquer consideração empírica mais aprofundada, e partindo exclusivamente das disposições legais que tangenciam esse assunto, verifica-se facilmente que o DPE se insere na perspectiva da *dissuasão completa*, seja em vista das disposições que se aplicam ao Direito Penal em geral – e igualmente a ele, portanto –, seja em consideração a disposições especiais contidas na legislação esparsa sobre crimes econômicos.

A disposição genérica do Direito Penal para esse assunto encontra-se principalmente no artigo 91 do Código Penal, onde se lê:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

- I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
- II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:
- (...)
- b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Perceba-se que, à indenização do dano, acrescenta-se a perda do “produto” ou “proveito” do crime – *i.e.*, a perda do ganho – como “efeito” da condenação. Não basta, portanto, que o dano seja ressarcido. O Direito Penal determina subtrair dos ofensores todo o ganho que tenham obtido com o cometimento da ofensa.

Note-se também que o Código Penal trata dessa perda como “efeito” da condenação criminal. A julgar, *a contrario sensu*, pelo que diz o artigo seguinte, o perdimento do ganho é, inclusive, um efeito “automático”, que independe de ser “motivadamente declarado na sentença”, o que se exige apenas para os “efeitos” da condenação mencionados no artigo 92, parágrafo único⁹¹. A doutrina também entende que, realmente, no Código Penal o perdimento é um efeito automático, independente de decisão ou declaração judicial (Cirino dos Santos, 2005, pp. 143-144; Kuehne, 2002, p. 115; Ferreira, 1997, p. 219; Bitencourt C. R., 2018, p. 922).

Do ponto de vista econômico, não há por que distinguir o perdimento do ganho como “efeito da condenação”, e não propriamente como pena. Nessa perspectiva, ele não só é igualmente uma pena, porque é um custo com o qual o ofensor deverá arcar caso seja descoberto e condenado, como é também um tipo de pena muito relevante, pois implica a dissuasão das ofensas eficientes.

Tudo isso já indica, repare-se, como o “espírito” que domina o Direito Penal é a *dissuasão completa*. Tanto é assim que estabelece o perdimento do ganho resultante do crime nesses termos “automáticos”, *i.e.*, sem mais delongas, ressalvas, pudores etc.

Outros elementos ainda dão prova de que essa é mesmo a postura do Direito Penal em geral.

⁹¹ Código Penal. Art. 92 - São também efeitos da condenação (...) Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Umas das penas restritivas de direitos estabelecidas no artigo 43 do Código Penal – e regulamentada no artigo 45, § 3º –, a pena de perda de bens e valores, também funciona de acordo com essa lógica da *dissuasão completa*. Vejamos.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

(...)

Art. 45. (...) § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Essa pena atinge o patrimônio do condenado no montante equivalente ao prejuízo que tenha causado ou ao ganho que tenha obtido (para si ou para terceiro) com o cometimento do crime. O que determina a escolha entre um ou outro paradigma do valor da pena, quer dizer, entre o dano causado ou o ganho do ofensor? Segundo o texto transcrito, “o que for maior”.

Não é diferente na legislação especial, exterior ao Código, relativa a crimes econômicos especificamente. Parte-se da mesma perspectiva de *dissuasão completa*.

Por exemplo, as penas de multa previstas na Lei n. 8.137/1990 – que prevê crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo – de acordo com o artigo 10 dessa Lei, são fixadas em consideração ao “ganho ilícito” do ofensor⁹². As multas aplicáveis aos crimes previstos na Lei de Licitações (n. 8.666/1993), conforme o art. 99 dessa Lei, tem como base o “valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente”⁹³. As multas previstas para dois dos três crimes contra o mercado de capitais definidos na Lei n. 6.385/1976 – “Manipulação do Mercado” (artigo 27-C) e “Uso Indevido de Informação Privilegiada” (artigo 27-D) –, baseiam-se diretamente no

⁹² Lei n. 8.137/1990. Art. 10. Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

⁹³ Lei n. 8.666/1993. Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

“montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”, podendo atingir até o triplo desse valor⁹⁴.

O DPE poderia, considerando seu objetivo de proteger a economia, excepcionar a aplicação da regra geral de *dissuasão completa* que domina o Código Penal. Entretanto, até onde tangencia o assunto, ele apenas confirma essa mesma tendência.

8.3. As multas reparatórias

Neste tópico, analiso o Direito Penal e o DPE, em particular, em vista da proposta de BECKER de empregar penas pecuniárias, e com finalidade de reparação, “sempre que possível”. O objetivo é identificar, na legislação criminal aplicável aos crimes econômicos, as tendências condizentes com tal proposta ou contrárias a ela.

Procuró identificar, então, as espécies de penas pecuniárias admitidas na legislação criminal, os requisitos que permitem aplicá-las e a qual a possível extensão de seu emprego para crimes econômicos, em particular – que é possivelmente enorme, como veremos. Analiso, ainda, a possibilidade de emprego de penas pecuniárias com finalidade reparatória.

Entre os requisitos que viabilizam a aplicação de uma e outra dessas espécies de pena, distingo aqueles estabelecidos pela lei em contraste com aqueles que dependem da avaliação judicial discricionária, pois concentrarei a análise sobre os primeiros e, só de passagem, tratarei dos requisitos judiciais discricionários.

Finalmente, para concluir este tópico, comparo as razões pelas quais a legislação admite a conversão das penas pecuniárias em penas não pecuniárias com as razões pelas quais BECKER admite essa conversão. Proponho, então, tratar os obstáculos que impedem a troca da prisão por penas substitutivas, e das penas substitutivas não pecuniárias por substitutivas pecuniárias, e ainda da prisão pela multa alternativa, como hipóteses de “conversão implícita” de penas pecuniárias em penas não pecuniárias, evidenciando que as hipóteses de conversão são muito mais numerosas do que aquelas

⁹⁴ Lei n. 6.385/1976. Art. 27-C. (...) [Manipulação do Mercado] Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. Art. 27-D. (...) [Uso Indevido de Informação Privilegiada] Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

sugeridas na legislação e, no mais, acentuadamente contrárias à otimização da política penal.

A. Tendências favoráveis às penas pecuniárias reparatórias

Conforme a doutrina, em termos gerais as penas pecuniárias podem ser de três tipos: (i) a multa comum; (ii) a multa reparatória, (iii) e o confisco. O elemento comum a esses três tipos é o fato de que, enquanto penas pecuniárias, consistem todos no pagamento de uma quantidade de dinheiro ou de bens conversíveis em dinheiro. E o que distingue os dois últimos da multa comum, na doutrina, é o fato de esta última não possuir nem a finalidade de reparar e tampouco a de confiscar, mas simplesmente a finalidade de punir o ofensor (Busato, 2015, p. 841; Bitencourt C. R., 2018, p. 767; Dotti, 1998, pp. 502-512).

A doutrina identifica a multa comum, ou multa propriamente dita, como aquela prevista nos artigos 49 e seguintes do Código. A multa reparatória, por sua vez, é identificada à “prestação de pecuniária”, uma das modalidades de penas restritivas de direito (artigo 45, §§ 1º e 2º). E o confisco, enfim, é associado com a pena restritiva denominada “perda de bens e valores” (artigo 45, § 3º).

Nos tópicos a seguir, quero caracterizar brevemente o que é cada uma dessas modalidades de pena, identificando o que importa para determinar seus valores, quem são os seus beneficiários e a forma pela qual podem ser pagas.

a. Multa simples

Por questão de clareza terminológica, entendo que seja útil designar a multa comum pelo termo “multa simples”, pois entre as espécies desta última a doutrina distingue a “multa comum” e a “multa substitutiva”, duas formas pelas quais as multas simples aparecem na legislação (Ferreira, 1997, p. 196; Bitencourt C. R., 2018, p. 774). A multa simples é “comum” quando vem prescrita no tipo legal de crime específico, junto com a definição da conduta criminalizada. E “substitutiva” quando, sem estar assim prevista, é aplicada pelo juiz em lugar da pena de prisão especificamente prescrita no tipo de crime.

As multas simples comuns podem ser prescritas alternativamente à pena de prisão – v.g. “detenção, de um a seis meses, ou multa” (art. 135, CP) – ou cumulativamente a ela – v.g. “detenção, de seis meses a dois anos, e multa” (art. 138, CP). No primeiro caso (“ou multa”), é denominada “multa alternativa” e, no segundo (“e multa”), “multa cumulativa”.

A multa comum e a substitutiva possuem (i) o mesmo beneficiário ou destinatário, (ii) os mesmos parâmetros para fixação de seus valores e (iii) admitem a mesma forma pagamento. As diferenças eventualmente existentes dirão respeito a multas comuns fixadas na legislação exterior ao Código Penal, que serão diferentes também das multas comuns constantes no Código. Em geral, portanto, a única diferença entre ambas é aquela que a própria terminologia indica: uma aplica-se porque se encontra prescrita no tipo específico de crime – como nos exemplos acima –, e a outra, embora não conste assim prevista, pode substituir a pena de prisão prescrita no tipo de crime. É uma diferença meramente procedimental, embora muito importante, que abordarei posteriormente, em conjunto com os requisitos que autorizam o juiz a empregar ainda outras penas em substituição à prisão.

Quanto ao valor da multa simples (comum ou substitutiva), ele é fixado de acordo com o sistema dos “dias-multa”, que abrange duas etapas (Cirino dos Santos, 2005, pp. 91-92; Ferreira, 1997, pp. 230-232; Kuehne, 2002, pp. 61-64).

Na primeira etapa, fixa-se a quantidade de dias-multa, que será de no mínimo 10 e de no máximo 360 dias-multa (art. 49, *caput*)⁹⁵, partindo-se das mesmas regras que determinam a quantidade de pena privativa de liberdade, previstas no artigo 68 do Código Penal⁹⁶.

Na segunda etapa, fixa-se o valor do dia-multa, que irá variar de no mínimo um trigésimo do “maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato” a no máximo cinco

⁹⁵ Código Penal. Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

⁹⁶ Código Penal. Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

vezes esse salário (art. 49, § 1º)⁹⁷, partindo-se da renda média diária do ofensor (Busato, 2015, p. 843; Hungria, 2014, p. 630; Bitencourt C. R., 2018, p. 772). A referência ao “maior salário mínimo”, a meu ver, deve ser lida agora apenas como “salário mínimo”, pois desde 1984 não há mais salários mínimos nacionais maiores ou menores segundo especificidades regionais⁹⁸.

Ainda quanto ao valor da multa simples, considerando a situação econômica do ofensor, o juiz pode ao final triplicá-lo (art. 60, § 1º)⁹⁹. Assim, tomando-se o valor do salário mínimo atual (R\$ 998,00)¹⁰⁰, a multa simples será de no mínimo R\$ 332,67 ($998,00 \times \frac{1}{30} \times 10$) e de no máximo R\$ 5.389.200,00 ($R\$ 998,00 \times 5 \times 360 \times 3$).

O beneficiário da multa é o “fundo penitenciário”, estadual ou nacional, conforme a condenação seja originária da justiça estadual ou federal (Saraiva Filho, 2000; Capez, 2011, pp. 458-459)¹⁰¹.

Quanto à forma de pagamento da multa simples, enfim, o Código Penal autoriza que ocorra em parcelas mensais e via desconto no salário do ofensor, se esse desconto não comprometer seu sustento ou o de sua família¹⁰².

⁹⁷ Código Penal. Art. 49 – (...) § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (...)

⁹⁸ Não encontrei discussões na doutrina acerca desse ponto. Mas o fato é que, até o Decreto n. 89.589/1984, o salário mínimo nacional era regionalizado e, daí em diante, passou a ser um único em todo o país (Carvalho G. J., 1997). Embora a Lei Complementar n. 103/2000 permita que os Estados fixem pisos superiores ao mínimo (IPEA, 2019), tais regras tem validade apenas no âmbito estadual. Utilizar esses salários no âmbito estadual ignoraria que o Código Penal se referia, originalmente, a regras nacionais sobre o salário mínimo. Na prática, enfim, o judiciário aplica multas com base no salário mínimo nacional, que hoje é o único mínimo nacional.

⁹⁹ Código Penal. Art. 60 – (...) § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

¹⁰⁰ O valor do salário mínimo, atualmente, é de R\$ 998,00, conforme o Decreto n. 9.661/2019.

¹⁰¹ Registro, entretanto: há quem entenda que, após a criação do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) pela Lei Complementar n. 79/94, todas as multas deveriam ser destinadas a esse fundo, porque tal Lei prevê, simplesmente, que as “multas decorrentes de sentenças penais” são receitas do FUNPEN e a legislação estadual não poderia contrariar a legislação federal em matéria de execução penal (Bitencourt C. R., 2014). A meu ver, qualquer que seja a solução juridicamente correta, a solução economicamente eficiente seria destinar a multa ao ente federativo que a aplicou, se a ideia é de alguma forma utilizar esses recursos para custear o sistema punitivo, como é o caso do FUNPEN e do fundo penitenciário do Estado do Paraná, por exemplo, regulado pela Lei Estadual n. 4.955/1964. Dessa forma, torna-se receita do ente responsável pelo gasto com a execução da pena.

¹⁰² Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize

b. Multa reparatória

Embora não seja designada formalmente como “multa reparatória”, é tratada como tal a pena restritiva de direitos denominada “prestação pecuniária”, dada à finalidade, inerente a ela, de reparar o dano provocado pelo crime (Bitencourt C. R., 2000, p. 117; Busato, 2015, p. 841).

Está definida no art. 45, §§ 1º e 2º, do Código Penal, onde se lê:

Art. 45. (...). § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

Do texto acima, quero destacar: (i) que o valor da pena de prestação pecuniária é de no mínimo 1 salário mínimo, atualmente R\$ 998,00¹⁰³, e de no máximo 360 salários mínimos, ou R\$ 359.280,00; (ii) que os beneficiários dessa pena não serão sempre e exclusivamente as vítimas diretas (ou seus dependentes), mas eventualmente “entidade pública ou privada com destinação social”; (iii) e, enfim, que a prestação pode ser “de outra natureza” que não pecuniária, caso o beneficiário concorde.

O fato de o valor pago dever ser descontado de eventual condenação em ação de reparação civil sugere que o valor dessa pena deva ser estabelecido em função do dano resultante da ofensa e independentemente da capacidade econômica do ofensor. O Superior Tribunal de Justiça entende, porém, que tal capacidade econômica importa neste caso, pois o valor da prestação pecuniária não pode ser alto a ponto de inviabilizar absolutamente seu cumprimento pelo ofensor¹⁰⁴. Na mesma linha de raciocínio, BITENCOURT argumenta que melhor seria se essa pena fosse fixada pelo sistema “dias-

em parcelas mensais. § 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena. § 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

¹⁰³ Vide nota de rodapé anterior.

¹⁰⁴ É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme aparece nos seguintes julgados: (i) **AgRg no AREsp 815.155/SP**, Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 01/02/2016; (ii) **AgRg no AREsp n. 1.012.044/BA**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10/2/2017; (iii) **AREsp 1.027.646/PR**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 06/04/2017; (iv) **AgRg no REsp 1.707.982/MG**, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/04/2018; (v) **AgRg no REsp 1.760.446/PR**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe: 03/12/2018.

multa”, não em salários mínimos, pois isso permitiria fixar valores mais proporcionais à renda dos condenados (Bitencourt C. R., 2000, p. 123).

Parece lógico, em todo caso, que esse entendimento sirva tão somente para diminuir o valor da pena quando ele poderia ser maior, se baseado exclusivamente no dano. O valor deste último, em todo caso, há de continuar servindo de limite máximo para o valor da pena, a não ser que ultrapasse o limite específico de 360 salários mínimos, que prevalece por força da previsão textual expressa.

Finalmente, a par de inexistir previsão legal, e por analogia *in bonam partem* com a pena de multa, a jurisprudência reconhece o direito ao parcelamento da prestação pecuniária, se isso parecer adequado em consideração à condição econômica do ofensor¹⁰⁵.

c. Confisco

Como antecipei, a doutrina associa o confisco à pena de perda de bens e valores. Essa pena está definida assim, no art. 45, § 3º, do Código Penal, onde se lê:

Art. § 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Nesses termos, tal pena atinge o patrimônio do condenado no montante equivalente ao prejuízo que tenha causado ou ao ganho que tenha obtido (para si ou para terceiro) com o cometimento do crime, “o que for maior”. O patrimônio é perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar n. 79/1994 para financiar o sistema penitenciário nacional.

O argumento utilizado para qualificar a perda de bens como pena de confisco, seja para criticá-la (Bitencourt C. R., 2000, p. 126), seja para defendê-la (Capez, 2011, pp. 445-446), passa pela diferenciação entre “confisco-pena” e “confisco-efeito” da pena. Este último, definido no art. 91, II do Código Penal, recai sobre instrumentos e produtos

¹⁰⁵ Nesse sentido, menciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito da admissão do parcelamento da prestação pecuniária: (i) **AREsp 908.257/RS**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 12/09/2016; (ii) **REsp 1.580.638/RS**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe: 31/08/2017; (iii) **HC 442.519/SP**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe: 26/09/2018.

do crime, de forma a privar o ofensor de algo que já não deveria integrar seu patrimônio. Já aquela pena incide sobre bens lícitos do ofensor. Ou melhor: sua aplicação não depende da prova de que sejam ilícitos. O proveito do crime, assim, é apenas um parâmetro da pena de perda de bens, e não seu objeto. Seu caráter confiscatório, então, derivaria justamente do fato de recair sobre bens lícitos.

Analogamente, o dano resultante do crime também não é objeto da perda de bens, mas igualmente um mero parâmetro de fixação do seu valor, pois sua finalidade não é a de reparação. O produto da pena, neste caso, é destinado não às vítimas, mas ao FUNPEN – ressalvada previsão em lei especial que lhe dê outra destinação, como admite o art. 45, III, do Código, transcrito acima.

Nem a doutrina nem a jurisprudência tratam da possibilidade de parcelamento do pagamento do valor ou dos bens “perdidos”, silêncio que corrobora a interpretação de que “perda”, no caso, é mesmo a tomada súbita dos bens e valores pertencentes ao ofensor.

d. Punição exclusivamente pecuniária: requisitos legais e judiciais

Trato de identificar, neste tópico, os critérios legais – destacando-os daqueles que dependem de uma análise judicial discricionária – que imediatamente importam para autorizar ou impedir que se puna determinado crime exclusivamente com penas pecuniárias (multa simples, multas reparatórias e confisco). Identificados esses critérios legais, irei utilizá-los, no tópico seguinte, como indicadores das mínimas possibilidades de um crime econômico vir a ser punido com penas pecuniárias.

Uma primeira possibilidade, nesse sentido, consiste na aplicação de multas simples, somente, quando houver previsão legal de multas comuns alternativas, *i.e.*, multas previstas nos tipos de crime, juntamente à definição da conduta criminalizada, para serem aplicadas alternativamente à prisão. O único requisito legal que importa para aplicar a multa comum alternativa é justamente a sua previsão legal. No mais, essa escolha depende da avaliação discricionária do juiz, acerca, principalmente, de elementos subjetivos – pertinentes às características pessoais, às atitudes frente ao crime cometido e ao histórico de vida do ofensor.

Nesse sentido, segundo o art. 59, I, do Código Penal¹⁰⁶, os critérios para escolher a modalidade de pena “dentre as cominadas” é o mesmo dado para fixar a “quantidade de pena aplicável” inicialmente (art. 59, II), a denominada “pena-base” a aplicar em um caso concreto. Parte-se de um conjunto de oito elementos dentre os quais cinco dizem respeito ao ofensor (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), dois ao crime (circunstâncias e consequências do crime) e um último à contribuição da vítima para ocorrência do fato. Estes três últimos, embora mais objetivos, dependem também da avaliação judicial discricionária. O Código consagra essa discricionariedade, ademais, quando autoriza o juiz a, baseando-se naqueles oito elementos, definir a modalidade “necessária e suficiente” de pena, diz o texto (art. 59), para “reprovação e prevenção do crime”.

Uma segunda possibilidade de aplicar penas exclusivamente pecuniárias são os casos em que a pena de prisão pode ser substituída por multa simples (multa simples substitutiva) e/ou penas restritivas de direitos consistentes em penas pecuniárias, que são a multa reparatória, na forma da prestação pecuniária, e o confisco, na forma da perda de bens.

Os requisitos que, em geral, autorizam a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos são os mesmos que autorizam a substituição por multa. As multas substitutivas e penas restritivas de direitos, nesse sentido, podem ser agrupadas no gênero das “penas substitutivas”. Os requisitos de sua aplicação encontram-se no artigo 44, I e § 2º, do Código Penal, que diz:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (...) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

Para resumir o texto transcrito, elaborei o seguinte esquema.

¹⁰⁶ Código Penal. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Esquema X - Penas substitutivas conforme à duração da prisão substituída e à natureza do crime

	Substituição por...	Crimes dolosos, cometidos sem violência ou grave ameaça	Crimes culposos
Item A	1 restritiva ou multa substitutiva	(i) Pena de prisão ≤ 1 ano ¹⁰⁷	(ii) Pena de prisão ≤ 1 ano
Item B	2 restritivas ou 1 restritiva + multa substitutiva	(iii) 1 ano < Pena de prisão ≤ 4 anos	(iv) 1 ano < Pena de prisão

Esses são os mínimos critérios legais que autorizam ou impedem a substituição da pena de prisão por multa substitutiva e/ou restritiva de direitos. A lei também impede a substituição se o ofensor for reincidente em um mesmo tipo de crime doloso e ainda se não preencher os critérios judiciais. Nesse caso, aplicam-se os seguintes dispositivos do Código Penal.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (...) § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Em síntese, o juiz deve negar a substituição, por exigência legal, se o ofensor é reincidente no mesmo tipo de crime doloso. Além disso, pode negá-la se ele for reincidente em tipos de crimes (dolosos) distintos e a substituição não for “socialmente recomendável”. E, enfim, mesmo que o ofensor seja primário, o juiz pode deixar de conceder a substituição por entendê-la “insuficiente” para reprimir e prevenir o crime (art. 59, *caput*), dada à avaliação que faça das características pessoais, da atitude mais ou menos reprovável na ocasião do crime cometido e do histórico de vida do ofensor (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), ou ainda das circunstâncias do crime.

¹⁰⁷ Atendo-se estritamente à literalidade do art. 54 do Código Penal, há quem sustente que a pena de prisão aplicada pelo juiz em quantidade inferior a 1 ano pode ser substituída por restritiva de direitos mesmo no caso de crimes dolosos cometidos com violência (Cirino dos Santos, 2005, p. 83; Capez, 2011, p. 465). Há quem discorde, amparando-se no artigo 44, I, do Código (Bitencourt C. R., 2018, p. 721). Esse último artigo foi introduzido no Código mais recentemente e, porque tratou inteiramente da mesma matéria antes regulada no art. 54, argumenta-se que o haveria revogado tacitamente. Neste trabalho, considerarei apenas a regra do art. 44, I, que veda a substituição em caso de crime doloso cometido com violência, mesmo nos casos em que a pena de prisão seja inferior a 1 ano. Não porque discorde daquele entendimento, mas apenas para simplificar a exposição e não entrar nessa polêmica doutrinária, neste momento.

Indiretamente, o juiz também pode impedir a substituição quando aumenta a quantidade de pena de prisão a ser substituída, partindo da avaliação discricionária dos elementos que o Código Penal ordena considerar (art. 68). Esses elementos são basicamente os mesmos que permitem ao juiz negar a substituição por entendê-la “insuficiente” – acrescidos, ainda, de mais dois elementos: as consequências do crime e a contribuição da vítima para sua ocorrência (art. 59). A pena também pode ser aumentada em consideração às chamadas “circunstâncias agravantes” e às “causas especiais de aumento”, dispersas no Código Penal e na legislação extravagante. Faço esse registro, mas, nesta ocasião, não irei analisar os critérios que, apenas indiretamente, podem impedir a substituição da pena.

De qualquer forma, aí revela-se uma diferença importante entre as penas substitutivas e a multa comum alternativa. Com relação a esta última, impõe-se ao juiz decidir entre ela (a multa) e a prisão antes de estabelecer uma quantidade ou valor para qualquer dessas penas. Diversamente, em caso de multa substitutiva – ou de qualquer outra pena substitutiva –, sua aplicação depende do valor que, primeiro, seja fixado para a pena de prisão. Por conta dessa sistemática, percebe-se, há uma “taxa de substituição” preestabelecida entre a pena substitutiva e a pena de prisão. Optar por esta última em lugar da pena de multa e/ou restritiva de direitos significa optar, no mínimo, por quatro anos e 1 dia de prisão. Ou melhor, se nenhuma das outras condições impeditivas da substituição estiverem presentes, a duração da pena de prisão “não-substituída” será, no mínimo, de quatro anos e um dia de prisão.

Optando o juiz pela substituição, resta ainda saber do que depende a escolha por penas pecuniárias, especificamente, dentre as diversas modalidades de penas substitutivas disponíveis. Nesse sentido, há uma restrição legal e objetiva que, delimitando a margem de discricionariedade judicial, pode impedi-lo de substituir a pena de prisão tão somente por penas pecuniárias. Tal restrição é a que impõe a escolha das chamadas penas restritivas “específicas” (Bitencourt C. R., 2018, p. 680), situadas em meio a uma das cinco modalidades de penas restritivas previstas no artigo 43 do Código, que são as “interdições de direitos” (Cirino dos Santos, 2002, p. 198). É o próprio Código, nos artigos 56 e 57, que impõe essa escolha obrigatória por três espécies de interdições de direitos. Veja-se:

Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes. Art. 57 - A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

Tais “interdições”, especificadas no artigo 47 do Código, são as seguintes:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;

A última dessas interessa aos crimes de trânsito. As que importam para os crimes econômicos são as duas primeiras, que deverão ser aplicadas, em síntese, quando o crime é cometido no exercício de atividade de pública ou de atividade que dependa de qualquer espécie de licença administrativa. Por força dessa restrição, se a pena de prisão a ser substituída é inferior a 1 ano, caso em que o juiz deve aplicar uma única pena substitutiva, a única empregada será obrigatoriamente a pena de interdição de direitos. E se a pena de prisão a ser substituída for superior a 1 ano, caso em que o juiz deve aplicar duas penas substitutivas, uma delas será obrigatoriamente a de interdição de direitos.

Finalmente, quanto à escolha entre as três diferentes modalidades de penas pecuniárias (multa substitutiva, prestação pecuniária e perda de bens), não há critério legal e objetivo que imponha a opção por uma ou outra. A jurisprudência, entretanto, criou um critério que proíbe a aplicação de multa substitutiva em lugar da pena de prisão que já vem acompanhada, entre as penas previstas no tipo de crime específico, por multa comum cumulativa. Isso poderia ocorrer, por exemplo, no caso do artigo 138 do Código Penal, que estabelece como pena “detenção, de seis meses a dois anos, e multa”. Se essa detenção for fixada pelo juiz em no máximo 1 ano, ela poderia ser substituída exclusivamente por multa; e se fixada acima de 1 ano, poderia ser substituída por multa mais uma restritiva de direitos. Entretanto, como o próprio tipo de crime especificamente já prevê a multa como pena, a jurisprudência entende, em síntese, que a aplicação da multa substitutiva em conjunto à multa comum não seria “socialmente recomendável”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Em princípio, a vedação alcançaria somente a cumulação com multas comuns previstas em leis especiais, nos termos da Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor é o seguinte: “Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”. Mais recentemente, porém, encontram-se julgados desse Tribunal onde se lê que, em

Essa restrição, de qualquer forma, não afeta em absoluto a possibilidade de aplicar penas pecuniárias, pois o juiz ainda poderá empregar a perda de bens e a prestação pecuniária.

Em suma, são estas as duas situações possíveis, concebidas a partir dos critérios legais, de um crime vir a ser punido exclusivamente com penas pecuniárias: (1) a opção judicial pela multa comum alternativa, o que depende de esta última ser prevista legalmente no tipo de crime específico; (2) a substituição da pena de prisão por multa substitutiva e/ou penas restritivas pecuniárias (prestação pecuniária e/ou perda de bens e valores), o que depende de (i) o crime ser culposo ou de (ii), se doloso: não ter sido cometido com violência ou grave ameaça, a pena de prisão que lhe seria aplicada não ultrapassar 4 anos e, enfim, o ofensor não ser reincidente no mesmo tipo de crime doloso. No mais, as penas substitutivas serão exclusivamente pecuniárias se o crime não houver sido cometido no exercício de atividade pública ou que dependa de qualquer espécie de licença administrativa – se for esse caso, obrigatoriamente serão aplicadas tão só, ou também, espécies da pena restritiva de interdição de direitos.

A análise a seguir será limitada a tais critérios legais. Seria com certeza interessante incluir, aqui, o estudo dos critérios judiciais que influenciam a escolha entre a prisão e a multa alternativa (art. 59, I), ou entre a prisão e a pena substitutiva (art. 44, III e § 3º). Também seria interessante incluir o estudo dos critérios que, indiretamente, influenciam a possibilidade de substituição, *i.e.*, os critérios que influenciam os aumentos de pena pelo juiz e, nessa medida, podem inviabilizar a substituição se a pena aumentar para além de 4 anos (art. 68). Deixarei esse estudo para outra oportunidade, entretanto, para não me alongar demasiadamente. Creio que os dados que considero, em todo caso, serão suficientes para análise proposta, identificando algumas tendências que, na legislação criminal, caminham na direção das propostas de BECKER, ou contra elas.

qualquer caso, não seria “socialmente recomendável” essa cumulação de multas. Por exemplo: (i) **HC 416.530/SP**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/12/2017; (ii) **AgRg no HC 415.618/SC**, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/06/2018; (iii) **AgRg no REsp n. 1.750.730/RS**, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/08/2018; (iv) **HC 470.920/SC**, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018; (v) **HC 482.389/SC**, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 13/02/2019; (vi) **HC 455.706/SP**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 09/04/2019.; (vii) **HC 501.072/SC**, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2019.

e. Quadro das penas do Direito Penal Econômico brasileiro

Conforme consta no ANEXO I, procurei evidenciar quais as penas fixadas para os diversos tipos de crime previstos na legislação criminal que se costuma incluir no DPE. Como critério acerca de que legislação selecionar, tomei como base o que João Marcello de ARAÚJO JÚNIOR (1995) e Luiz REGIS PRADO (2019) consideram como tal. Escolhi esses autores, então, porque ou foram (ARAÚJO JÚNIOR) ou são (REGIS PRADO) referências importantes nessa matéria, e ambos sustentam concepções bastante amplas de DPE, conforme mencionei no Capítulo 5.

Dentre os crimes que consideram parte do DPE, a grande maioria encaixa-se perfeitamente na definição jurídica de crime econômico, nos termos em que a reinterpretei, acima. Na ocasião, procurei demonstrar que a definição jurídica tendencialmente subsume como “econômico” o crime cometido necessariamente em meio à economia lícita, compreendida como o campo ou setor das atividades humanas dedicadas à produção, circulação e consumo de bens a que usualmente se atribui um valor monetário e cuja propriedade o direito reconhece como legítima.

É esse caso dos crimes que atingem o sistema financeiro, o mercado de capitais, os consumidores, a economia popular, ou dos crimes tributários, falimentares e licitatórios, por exemplo. Outros crimes que esses autores incluem no DPE, porém, distanciam-se dessa definição – como o de organização criminosa, por exemplo, que REGIS PRADO inclui no DPE. Nada obstante, incluí-os, mesmo assim, na lista anexa. Meu objetivo, como frisei ao reinterpretar a definição jurídica de crime econômico, não é oferecer uma definição que a substitua, mas que a descreva e a esclareça o máximo possível. Na mesma linha, então, não deixei de incluir na lista de crimes econômicos aqueles que, apesar fugirem à definição jurídica conforme a interpretei, são considerados como tais pelos autores.

De REGIS PRADO tomei um texto bastante recente, de 2019. Como o autor se refere expressamente a diversas leis vigentes, bastou incluir no ANEXO I os crimes mencionados nessas leis. De ARAÚJO JÚNIOR considerei um texto de 1995, em que o autor elabora um projeto de Código de crimes econômicos em espécie. Incluí no ANEXO I, então, os crimes vigentes assemelhados a esses que o autor considera econômicos,

alguns deles só recentemente incluídos na legislação criminal em vigor, caso dos crimes contra a segurança de dados, inseridos no Código Penal com a Lei n. 12.737/2012.

Assim, cheguei à seguinte lista de crimes.

Crimes econômicos

N.	Classe de crimes	Espécies de crimes - Leis	Penas
1	aduanheiros	contrabando e descaminho (arts. 334 e 334-A do CP);	2
2	ambientais	ambientais (Lei n. 9.605);	46
3	concorrência desleal	concorrência sleal (art. 195 da Lei n. 9.279/1996)	1
4	econ. popular	contra a economia popular (Lei n. 1.521/51);	3
5	falimentares	falimentares (Lei n. 11.101/2005);	11
6	finanças públicas	contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H do CP);	8
7	financeiros	contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/1986);	23
8	lavagem	lavagem dinheiro (Lei n. n. 9.613/1998);	1
9	licitatórios	licitatórios (Lei n. 8.666/1993);	10
10	merc. capitais	contra o mercado de capitais (Lei n. 6.385/1976);	3
11	ordem econômica	contra a ordem econômica (art. 4º da Lei n. 8.137/1990 e Lei n. 8.176/1991);	3
12	ordem tributária	contra a ordem tributária (arts. 1º a 3º da Lei n. 8.137/1990);	4
13	org. criminoso	crimes da lei de organização criminosa (Lei n. 12.850/2013);	5
14	parcelamento do solo	contra o parcelamento do solo urbano (Lei n. 6.766/1979);	3
15	previdenciário	previdenciários (arts. 168-A e 337-A do CP);	2
16	quebra de sig. bancário	crime contra o sigilo bancário (Lei n. Complementar 105/2001);	1
17	relações de consumo	contra as relações de consumo (art. 7º da Lei n. 8.137/1990 e Lei n. 8.078/1990);	15
18	relações de trabalho	contra dignidade, liberdade, segurança e higiene do trabalho (arts. 199, 203, 204, 206 e 207 do CP);	11
19	segurança de dados	contra os sistemas de processamento ou comunicação de dados (arts. 154-A, 298, p. u., e 266 do CP);	4
TOTAL			156

Por “penas”, no quadro acima, quero dizer especificamente as penas de prisão fixadas em valores determinados e cardinais, como o são na expressão “reclusão, de 1 a 3 anos”, por exemplo; ignoro, assim, as penas estabelecidas em termos indeterminados e de frações, caso das agravantes e minorantes, ou das causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, como aparece, por exemplo, nas expressões “aumenta-se da metade”, “reduz-se de um terço a dois terços”, “agravam a pena” (sem especificar valores) etc.

Também apurei, entre os crimes listados, as penas de multa comuns (cumulativas ou substitutivas) que acompanham às penas de prisão.

Construindo esse ANEXO I, meu objetivo foi identificar em quantos dos casos nele incluídos a pena de prisão possivelmente pode ser preterida em favor de penas exclusivamente monetárias, *i.e.*, multas comuns alternativas ou penas substitutivas pecuniárias. Dessa forma, eu poderia identificar as tendências do DPE que, em relação à

modalidade de pena que permite empregar, caminham na direção das propostas de BECKER.

Como vimos, o emprego de penas pecuniárias em lugar da prisão depende de diversos requisitos, alguns sujeitos à análise discricionária do juiz, outros que influenciam à questão apenas indiretamente – a maior ou menor pena concretamente fixada pelo juiz nos casos específicos. Nesta análise, no entanto, considero apenas os requisitos que importam imediatamente e, dentre esses, apenas os requisitos legais – que independem da discricionariedade judicial.

Entre tais requisitos legais, enfim, identifiquei aqueles que constituem o mínimo necessário para autorizar a substituição e que, nesse sentido, permitem antever quando será minimamente possível punir um crime com penas pecuniárias. Considerando, então, esses requisitos, exclusivamente, elaborei os Gráficos a seguir.

No caso das multas comuns alternativas à prisão, então, esse critério mínimo é a mera previsão legal de tais penas. E no caso das penas substitutivas pecuniárias, é a quantidade de pena de prisão que se permite converter em penas substitutivas. A quantidade de pena que importa, ao final, é aquela aplicada em definitivo pelo juiz, e que varia no interior de uma faixa estabelecida em lei, entre um valor mínimo e um valor máximo – v.g. “reclusão, de 1 a 5 anos”. São esses valores legais, mínimos e máximos, que eu considero a seguir, para tentar antever a possibilidade de a prisão ser preterida em favor de penas substitutivas.

É importante ressaltar o seguinte, antes de prosseguir. Independentemente das quantidades de pena de prisão, vimos que a lei autoriza que crimes culposos sejam punidos com penas substitutivas e proíbe essa possibilidade para crimes cometidos com violência, ou por ofensores reincidentes no mesmo tipo de crime doloso.

Quanto aos crimes culposos, há 10 casos no ANEXO I. Para todos eles, se a quantidade de pena de prisão importasse, também seria possível trocá-las por penas

substitutivas¹⁰⁹. Por essa razão, trato-os indistintamente, em conjunto com crimes dolosos.

Quanto aos crimes cometidos com violência, entre as 156 penas consideradas, apenas três estão associadas a crimes cometidos necessariamente com violência ou grave ameaça¹¹⁰ e, em outros quatro casos, os crimes podem ou não ser cometidos com violência¹¹¹. Mais adiante, à luz da análise econômica, considerarei o significado dessa proibição de penas substitutivas para crimes cometidos com violência. Inicialmente, porém, vou tratar os casos de crimes econômicos cometidos com violência como se fossem quaisquer dos outros crimes incluídos no ANEXO I, *i.e.*, como se pudessem ser punidos com penas substitutivas, a depender exclusivamente da quantidade da pena de prisão.

A reincidência específica, que também impede a substituição, irei analisá-la em seguida a partir da mesma perspectiva econômica.

Outra ressalva importante é que a possibilidade de trocar a pena de prisão por penas substitutivas não garante, simplesmente, que entre as penas substitutivas serão escolhidas específica ou exclusivamente penas pecuniárias (perda de bens, prestação pecuniária e multa substitutiva). Dentre os empecilhos existentes, a lei coloca um obstáculo objetivo nesse caminho, que é a obrigação de substituir a prisão por interdições de direitos sempre que o crime seja cometido no exercício de atividade pública ou dependente de licença administrativa (artigos 56 e 47, I e II, do Código Penal). Também vou analisar esse requisito em seguida, à luz da teoria econômica.

¹⁰⁹ Esses 10 casos são os seguintes: 2 de 14 crimes previstos na Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (art. 66, § 2º e 63, §2º), ambos punidos com 6 meses de detenção ou multa; e 8 de 46 crimes ambientais previstos na Lei n. 9.605/1998 (54, §1º, 56, §3º, 69-A, §1º, e nos parágrafos únicos dos artigos 41, 49, 62, 67 e 68), um deles punidos com até 6 meses de detenção (art. 41, parágrafo único), outro com até 3 anos de detenção (art. 69-A, § 1º) e os demais punidos com até 1 ano de detenção.

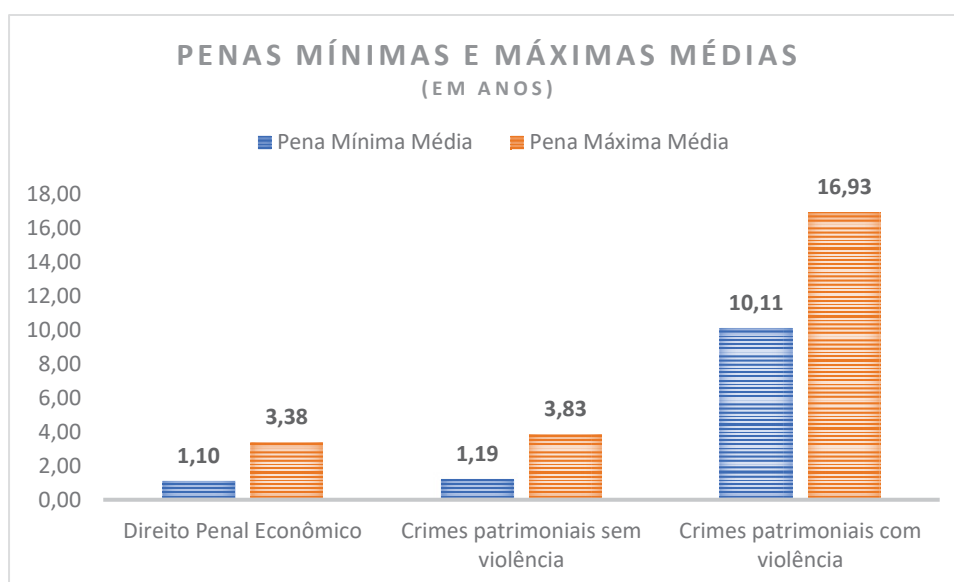
¹¹⁰ São cometidos com violência, necessariamente, os crimes dos artigos 197, 198 e 199 do Código Penal. Tais crimes consistem, respectivamente, em “atentados” à liberdade de escolha de trabalho, à liberdade de contratar trabalhadores e à liberdade de associação entre trabalhadores, profissionais ou empregadores.

¹¹¹ Podem ou não ser cometidos com violência os crimes dos artigos 203 e 204 do Código Penal, *i.e.*, respectivamente, a frustração de direito trabalhista ou de “lei sobre a nacionalização do trabalho” – quer dizer, contra as leis que obriguem uma proporção mínima de trabalhadores brasileiros no quadro de empregados. Da mesma forma, podem ou não ser cometidos com violência o crime de cobrança abusiva contra o consumidor (artigo 71 da Lei 8.078/1990) e o crime cometido para afastar a participação de concorrentes em licitações públicas (artigo 95 da Lei 8.666/1993).

Feitas essas ressalvas, e para que se tenha uma ideia mais geral das penas de prisão cominadas aos crimes econômicos, começo a análise comparando tais penas àquelas cominadas aos crimes patrimoniais com e sem violência.

Conforme disposto no Gráfico I, as penas cominadas aos crimes econômicos são muito semelhantes às penas cominadas aos crimes patrimoniais sem violência (ANEXO II)¹¹². Por sua vez, esses dois grupos de crimes diferem enormemente das penas cominadas aos crimes patrimoniais violentos (ANEXO III)¹¹³. Para representar graficamente essas semelhanças e diferenças, no Gráfico 1, tomei como base as médias das penas mínimas e máximas (em anos) em cada um desses grupos de crimes.

Gráfico 1



Como se vê, as penas mínimas e máximas do DPE são, em média, levemente mais “generosas” que as dos crimes patrimoniais cometidos sem violência. A pena mínima média do DPE é de um *1 ano, 1 mês e 6 dias*, em contraste com a mínima média de *1 ano, 2 meses e 9 dias* dos crimes patrimoniais não violentos. E sua pena máxima média é de *3 anos, 4 meses e 18 dias*, em contraste com *3 anos, 10 meses e 2 dias* para os segundos. A

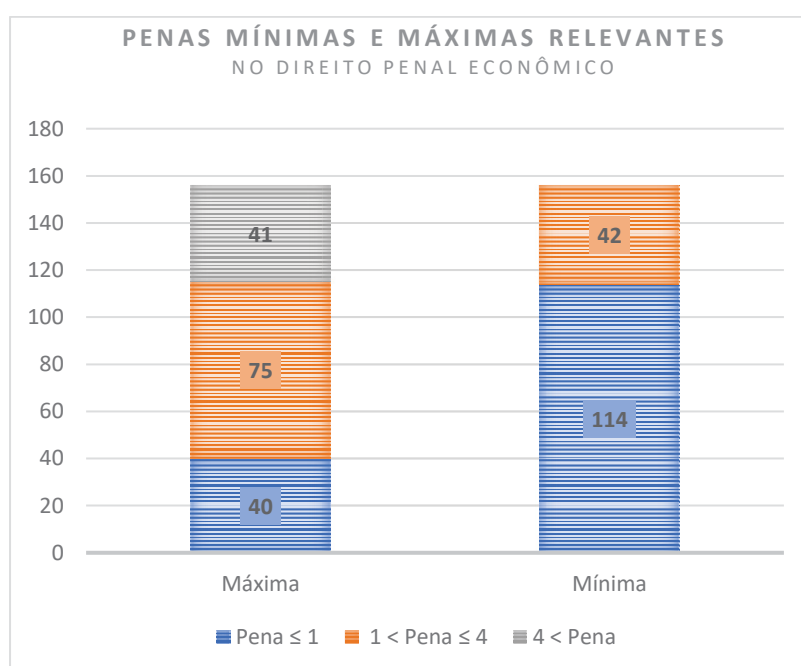
¹¹² Considerei como tais os crimes dos artigos 155 a 180-A do Código Penal, excetuados os crimes dos artigos 157 a 160, que são os crimes patrimoniais cometidos com violência, incluídos no ANEXO III. No mais, ignorei as penas estabelecidas para modalidades privilegiadas de crimes patrimoniais sem violência (arts. 155, § 2º, 168-A, § 3º, 171, § 2º, 175, § 1º e 180, § 5º), por serem estabelecidas de forma indeterminada.

¹¹³ Considerei como tais os crimes estabelecidos entre os artigos 157 a 160 do Código Penal. Não incluí no ANEXO III os crimes patrimoniais violentos cujas penas são estabelecidas por referência a outras penas, (art. 158§ 2º e art. 158, § 3º, segunda parte).

diferença nas médias é de *1 mês e 3 dias*, para as penas mínimas, e de *4 meses e 14 dias*, para as penas máximas. Essa diferença é gritante, porém, em relação aos crimes patrimoniais violentos.

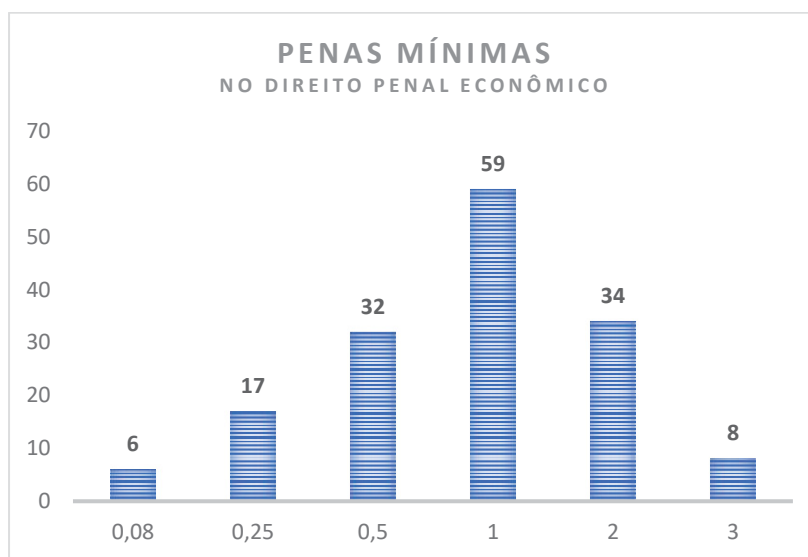
Aprofundando a análise, agora especificamente sobre as penas dos crimes econômicos, conforme ilustrado no Gráfico 2, verifica-se que cerca de 75% das penas máximas desses crimes são inferiores a 4 anos. Precisamente, do total de 156 penas aqui consideradas, 115 são de no máximo 4 anos. Somente 41 penas, ou cerca de 25%, ultrapassam esse limite.

Gráfico 2



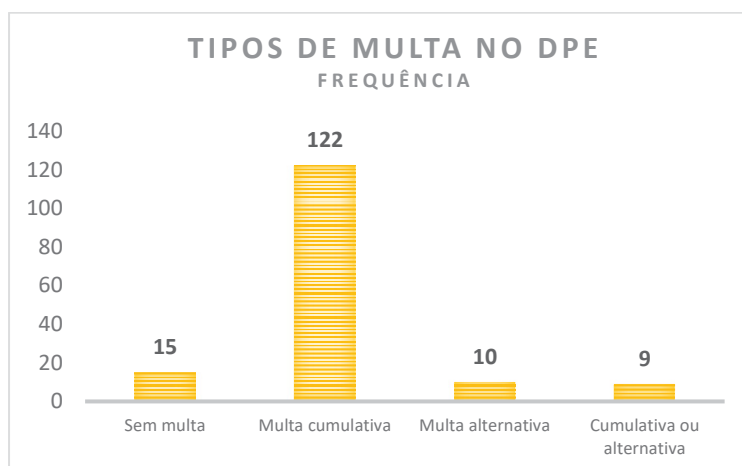
Considerando exclusivamente o valor da pena máxima, então, pode-se concluir que cerca de 75% dos crimes econômicos serão punidos com penas substitutivas: (i) com uma pena substitutiva, quando a máxima é de até 1 ano – o que é caso de 40 das 156 penas máximas, ou 26% delas –; (ii) com duas penas substitutivas, se a máxima é superior a 1 ano, mas não a 4 – o que é o caso de 75 das 156 penas máximas, ou 48% delas.

Nenhuma pena mínima dos crimes econômicos, como também ilustra o Gráfico 2, ultrapassa 3 anos de duração. Considerando detalhadamente tais penas mínimas, como disposto no Gráfico 3, poderemos extrair uma conclusão ainda mais relevante.

Gráfico 3

Tal como assentado no Gráfico 3, apenas 8 penas mínimas cominadas aos crimes econômicos ultrapassam 2 anos de duração. Quer dizer, para todas as demais – 148 de 156, ou 95% do total –, a pena mínima, que é base a inicial utilizada pelo juiz para estabelecer a pena definitiva, teria de ser mais do que dobrada nesse caminho para que o seu valor, tão somente, impedisse sua troca por penas substitutivas.

Finalmente, para completar esse quadro das penas no DPE, considero especificamente a possibilidade de os crimes econômicos serem punidos exclusivamente com multas comuns alternativas. Nesse sentido, então, apurei a frequência com que um crime econômico é punido ou não com multa e, se sim, com que tipo de multa (cumulativa ou alternativa), listando essas possibilidades no Gráfico 4, abaixo.

Gráfico 4

Do total de 156 penas de prisão referidas no ANEXO I, 19 delas – ou 12% do total – podem ser preteridas em favor de multas comuns alternativas. Dessas 19 penas, 9 podem ser acompanhadas também por multas cumulativas. Isso ocorre porque a legislação, nesses 9 casos, prevê a multa para o tipo de crime tanto como pena cumulativa quanto como pena alternativa, o que é frequente nos crimes ambientais – e, praticamente, só neles¹¹⁴. Nesse sentido, por exemplo, a pena do crime do artigo 33 da Lei n 9.605/1998 é de “detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente”.

Há o entendimento jurisprudencial que proíbe a aplicação de multa substitutiva em conjunto à multa comum¹¹⁵. Essa não é, precisamente, uma restrição legal, mas funciona como se fosse, pois é igualmente genérica e independe da discricionariedade judicial, motivo pelo qual a estou considerando neste momento.

De acordo com essa restrição, e conforme o Gráfico 4, em 122 casos dos 156 (78% do total) pode ser de pronto descartada a possibilidade de um crime ser punido exclusivamente com multa. Nos 15 casos (10% do total) em que não há previsão da aplicação de multa comum (cumulativa ou alternativa), a pena de prisão poderá ser substituída pela multa substitutiva, exclusivamente, se a prisão fixada pelo juiz não ultrapassar 1 ano. E, desses 15 casos, concretamente, apenas um tem a pena mínima superior a 1 ano, pelo que não poderá ser em hipótese alguma punido exclusivamente

¹¹⁴ A exceção, fora da Lei de crimes ambientais (n. 9.605/1998), é o crime do item 111 do ANEXO I, um dos crimes contra a ordem econômica, da Lei n. 8.137/1990, artigo 4º, I e II, combinado ao artigo 9º, I.

¹¹⁵ Vide nota de rodapé n. 108, acima.

com multa substitutiva, nem exclusivamente com apenas uma de qualquer outra das penas substitutivas, que é o crime de contrabando¹¹⁶.

Assim, quanto à possibilidade de um crime ser punido exclusivamente com multa (alternativa ou substitutiva), no que depender de condições legais – mais aquele critério genérico e obrigatório estabelecido pela jurisprudência –, isso poderá ocorrer em 33 dos 156 casos listados no ANEXO I (17% do total): em 19 casos com multas alternativas, e em 14 com multas substitutivas.

Em resumo, os dados mais relevantes que se pode extrair dessa análise são os seguintes:

- (i) Em 17% dos casos será possível a punição do crime econômico exclusivamente por multas (alternativas ou substitutivas);
- (ii) Em 75% dos casos, no que depender das penas máximas de prisão cominadas, os crimes econômicos poderão ser punidos exclusivamente com penas substitutivas: em 48% dos casos, tão só com uma pena substitutiva e 26% com duas;
- (iii) Em 95% dos casos, a pena mínima dos crimes econômicos não ultrapassa 2 anos de duração e, nessa medida, o juiz haveria de dobrá-la para impedir, tão somente pela quantidade de pena de prisão, sua troca por penas substitutivas;

Creio que essas conclusões sejam suficientes para identificar uma forte tendência, entre os crimes econômicos, de empregar modalidades de pena diversas da prisão, entre as quais se incluem as penas pecuniárias.

Por certo que o ideal seria incluir uma base maior de crimes e penas no ANEXO I, considerando o que mais autores consideram parte ou não do DPE, e considerando as possíveis agravantes e atenuantes da pena, bem como as “causas especiais de aumento ou diminuição da pena”, principalmente, pois essas podem alterar as penas mínimas e

¹¹⁶ No ANEXO I, esses 15 casos são os seguintes itens: 1 e 2 (crimes aduaneiros); 9, 13, 29, 48 (parte dos crimes ambientais); 64 a 71 (crimes contra as finanças públicas); e 109 (parte dos crimes contra a ordem econômica). Desses, apenas o item 2 dos crimes aduaneiros – o crime de contrabando –, certamente não poderá ter a pena de prisão substituída por multa substitutiva, porque a pena mínima de prisão já ultrapassa o limite de 1 ano, que permitiria substituí-la exclusivamente por tal multa.

máximas aplicadas a qualquer crime (Cirino dos Santos, 2005, pp. 141-142). Entretanto, neste momento, limito-me a essa base mais limitada de dados, a qual entendo suficiente para estabelecer a existência daquela tendência.

Não fosse os obstáculos que analisei agora, então, eu poderia concluir que o DPE caminha na direção da proposta de BECKER quanto empregar penas pecuniárias ao máximo, contribuindo para minimizar as perdas sociais relacionadas a crimes econômicos.

B. Tendências contrárias às penas pecuniárias

A descrição acima das possibilidades legais de uso das penas substitutivas no Direito Penal em geral, e no DPE em particular, sinalizam as tendências favoráveis às quais o Direito Penal opõe muitos obstáculos, também legais, como agora veremos.

Esses obstáculos fixados pela lei – e que independem da discricionariedade judicial – são basicamente de dois tipos: (i) aqueles que acabam impedindo a substituição da pena de prisão, muito embora se mostrasse possível, em princípio; (ii) e aqueles que, sendo possível a substituição da pena de prisão, impedem que a pena substitutiva seja especificamente uma pena pecuniária.

Do primeiro tipo são a reincidência específica e a violência. E do segundo a obrigação de optar especificamente por interdições de direitos, dentre as possíveis penas substitutivas.

a. Reincidência

Por exigência (inclusive) legal, penas substitutivas só podem ser aplicadas se o ofensor não for reincidente no mesmo tipo de crime doloso. Além disso, se for reincidente em crimes dolosos de tipos diversos, só pode ser feita a substituição se ela for “socialmente recomendável”, o que, seja lá o que signifique, cabe ao juiz avaliar discricionariamente.

BECKER também não oferece um critério claro para definir quando uma pena pecuniária deve ou não ser empregada. Limita-se a dizer que isso deve ser feito ao máximo, “sempre que possível”. A ideia fundamental subjacente, contudo, é bem clara:

somente o maior dano resultante do crime justifica o abandono de penas pecuniárias e, por essa razão, por exemplo, o autor de pronto descarta a aplicação de tais penas a crimes como homicídios e estupros.

A reincidência, porém, absolutamente não diz respeito ao dano resultante do crime. Aliás, perceba-se que, mesmo que o segundo crime, aquele que o ofensor reitera, cause um dano significativamente menor que o primeiro, tão somente por isso restará excluída ou dificultada a possibilidade de aplicar penas substitutivas pecuniárias.

O critério que prevalece, nesses termos, é de natureza moral e, como entendo, é um critério “moralista”: pune mais severamente o ofensor não porque causou um dano maior, mas sim porque ele se mostra “incorrigível”. Pune-o com penas mais severas pouco importando que os custos disso sejam eventualmente maiores que os danos resultantes do crime. Dessa forma, caminha na direção de agravar ainda mais as perdas sociais relacionadas a crimes, em vez de minimizá-las.

A reincidência como obstáculo às penas substitutivas pecuniárias também inviabiliza uma das implicações mais fundamentais do modelo de otimização da política penal, que é a pena como “tributo” ou “royalty”. Nos exemplos de BECKER, recorde-se, esse emprego da pena de multa serve também como solução de uma polêmica entre economistas, que é saber se as restrições da concorrência são necessariamente ruins para a coletividade ou não.

O autor propõe que, fixando multas equivalentes aos danos resultantes de ofensas desse gênero, a solução não precisaria ser dada *a priori*. Dependeria tão só da própria eficiência da restrição da concorrência – via cartel, por exemplo –: se produz o suficiente para reparar os danos que dela resulta e ainda proporcionar um ganho para os ofensores, então ela subsistirá e isso é bom, pois incrementa o bem-estar social; se, porém, produz menos do que o suficiente para reparar os danos, a pena aplicada – equivalente aos danos – já será suficiente para inviabilizar a reiteração da ofensa.

Quando a reincidência é um obstáculo à aplicação de penas pecuniárias, então obviamente essa sistemática proposta por BECKER se torna inviável. Assim, a política penal inviabiliza, de antemão, a reiteração de ofensas eficientes – *i.e.*, que poderiam

produzir mais ganhos do que danos –, mais uma vez caminhando na direção de agravar as perdas sociais relacionadas a crimes.

Além disso, não é apenas a “reincidência” tecnicamente definida que funciona como obstáculo – quer dizer, a reincidência como novo crime cometido antes de passar cinco anos da extinção da pena anteriormente imposta (arts. 63 e 64 do Código Penal)¹¹⁷ –. Também os “maus antecedentes” podem funcionar como obstáculo – leia-se, qualquer condenação anterior e, a depender do entendimento de alguns juízes, até mesmo fatos criminais pelos quais o ofensor não tenha sido ainda julgado definitivamente. Isso porque o Código ordena ao juiz considerar os “antecedentes” do ofensor para decidir, discricionariamente, se aplica ou não a troca da pena de prisão por penas substitutivas.

b. Violência

Para além da reincidência, um segundo obstáculo que se coloca à possibilidade de aplicar ao máximo as penas substitutivas pecuniárias é a proibição legal de se empregá-las nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. É verdade que tais crimes são raros entre os crimes econômicos – como entre aqueles que aqui considerei como tais –, porém não são inexistentes.

Mais uma vez, como antes, trata-se de um critério “moralista”, não porque leve em consideração um aspecto moral da questão, mas porque o toma em termos absolutos, sem considerar os danos concretos (sua quantidade) resultantes da ofensa. Aliás, o que importa exatamente sequer é a natureza do dano provocado por condutas violentas. Nesse sentido, percebe-se, há crimes econômicos cometidos sem violência que também podem resultar em danos à integridade física das pessoas e, ainda que de forma indireta, tais danos podem ser muitos maiores que os resultantes de crimes cometidos com violência. Nada obstante, à diferença destes últimos, ainda poderão ser punidos com penas substitutivas.

¹¹⁷ Código Penal. Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Para exemplificar, não é preciso apelar, aqui, aos danos que de crimes contra as finanças públicas resultam remotamente para as políticas assistenciais ou para o sistema de saúde pública. Basta considerar, por exemplo, alguns crimes constantes no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que punem ofensas que colocam em perigo a saúde pessoal e a integridade física (arts. 63 a 65, e 68)¹¹⁸. Nesses casos, se o dano se concretiza, ou a pena é agravada (art. 76, II)¹¹⁹, ou a lesão é punida à parte (art. 65, § 1º)¹²⁰. Na mesma linha, crimes ambientais podem ocasionar graves danos à saúde alheia, como no crime de poluição (art. 54, da Lei n. 9.605/1998)¹²¹. Se desse crime resultar dano à saúde ou à integridade física, a pena pode ser agravada (art. 15, II, c)¹²², ou majorada se resultar em lesão corporal ou morte (art. 58, II e III)¹²³. Em todo caso, não será tão somente por conta do perigo ou da efetiva lesão à saúde ou à integridade física – e nem mesmo à vida, no último exemplo – que restará prejudicada a possibilidade de aplicar penas substitutivas em lugar da prisão.

Por que, então, não se admite (sequer a possibilidade legal) de que tais danos, quando provocados por meios violentos, sejam punidos com penas substitutivas? A meu ver, a razão é que, quando o crime é cometido com violência, vislumbra-se nisso uma tendência da pessoa a cometer crimes do gênero. E é precisamente esse “tipo de pessoa”, mais do que o “tipo de dano”, que o Direito Penal quer coibir. Descarta-se, então, o emprego de penas substitutivas em prol das penas de prisão, pouco importando que seus

¹¹⁸ Lei n. 8.078/1990. Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. (...) Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. (...) Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena Detenção de seis meses a dois anos e multa. (...) Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa (...).

¹¹⁹ Lei n. 8.078/1990. Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código: II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo.

¹²⁰ Lei n. 8.078/1990. Art. 65. (...) § 1º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

¹²¹ Lei n. 9.605/1998. Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (...).

¹²² Lei n. 9.605/1998. Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(...) II - ter o agente cometido a infração: (...) c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente (...).

¹²³ Lei n. 9.605/1998 Art. 58. Nos crimes dolosos previstos nesta Seção, as penas serão aumentadas: (...) II - de um terço até a metade, se resulta lesão corporal de natureza grave em outrem; III - até o dobro, se resultar a morte de outrem.

custos sejam muito superiores e que, não fosse o meio violento, os danos à saúde e à integridade física poderiam ser punidos com aquelas penas substitutivas.

Será certamente muito difícil precisar um limite quantitativo preciso para a questão, quer dizer, fixar até que ponto é razoável admitir penas substitutivas – e, dentre essas, penas pecuniárias – para lesões a bens personalíssimos como saúde e integridade física. BECKER mesmo não oferece um critério para definir tal limite. A par dessa dificuldade, é um fato que o Direito Penal admite essa forma de punir para certos crimes econômicos que produzem tais danos, mas não para outros, tão só porque estes últimos são praticados com violência.

Nesse ponto, então, há uma contradição fundamental entre o Direito Penal e o modelo de otimização da política penal proposto por BECKER. A proibição *a priori* de penas substitutivas para crimes violentos, contraposta à permissão de aplicá-las quando estiverem presentes danos análogos aos produzidos pela violência – mas não o meio violento pelo qual tenham sido produzidos –, revela que o Direito Penal se concentra, nesse momento, em combater um tipo de pessoa (a que comete crimes violentos) e não exatamente os danos resultantes da violência. Os custos de punir são incrementados com o emprego de penas mais severas – agravando-se as perdas sociais relacionadas a crimes –, não porque os danos aumentaram, mas por conta de características pessoais dos ofensores.

c. Interdição de direitos

Um terceiro obstáculo a considerar diz respeito não à aplicação de penas substitutivas em geral, mas à possibilidade de optar, dentre elas, especificamente por penas pecuniárias.

Imposta pelo artigo 56 do Código Penal, há a obrigação de aplicar determinadas penas restritivas, em substituição à prisão, quando presentes determinadas condições. Essas penas restritivas obrigatórias, no que interessam aos crimes econômicos aqui considerados, são duas espécies de interdições de direitos: a “proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo” ou a “proibição do exercício de “profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público” (art. 47, I e II).

Em síntese, consistem na proibição do exercício de atividade pública ou dependente de qualquer licença administrativa; e aplicam-se obrigatoriamente “para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes” (art. 56).

Por força das regras que disciplinam as penas substitutivas, que analisei anteriormente, essa obrigatoriedade significa: (i) que as penas de prisão de até 1 ano serão substituídas exclusivamente por uma pena de interdição de direitos, impossibilitando a aplicação de penas substitutivas pecuniárias nesses casos; (ii) que as demais penas de prisão, superiores a 1 ano, serão substituídas, no máximo, por uma pena pecuniária – a outra será de interdição de direitos.

Não é somente do ponto de vista formal, note-se, que as penas de interdição impedem ou limitam as penas substitutivas pecuniárias. Também materialmente, porque privam o ofensor do seu meio de vida, elas dificultam o cumprimento das eventuais penas pecuniárias. Nesse sentido, são obstáculos relevantes às penas pecuniárias mesmo quando aplicadas: (i) a título de efeito da condenação, e não pena tecnicamente; (ii) ou a título de pena comum – prevista para serem aplicadas originariamente ao tipo de crime específico –, e não penas substitutivas. Não são poucos os casos em que, na legislação criminal econômica, as interdições aparecem ou como efeito da condenação, ou como penas comuns.

O Código de Defesa do Consumidor permite, em relação aos crimes que define, a aplicação das penas de interdição de direitos (referidas no Código Penal) de forma cumulativa ou alternativa às penas de prisão e multa (art. 78, Lei n. 8.078/1990)¹²⁴.

No caso de crimes ambientais (Lei n. 9.605/1998), às pessoas físicas ou jurídicas que cometerem tais crimes¹²⁵, podem ser aplicadas, como pena: (i) a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber de incentivos fiscais, a título de interdição

¹²⁴ Lei n. 8.078/1990. Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal: I - a interdição temporária de direitos.

¹²⁵ Em substituição à pena de prisão aplicável a pessoas físicas (art. 7º, da Lei n. 9.605/1998), e diretamente para as pessoas jurídicas (art. 21, II e 22).

de direitos (arts. 8º, II, e 10)¹²⁶; (ii) a pena de “suspensão de atividades” (art. 8º, III, e 11)¹²⁷; (iii) e, especificamente para pessoas jurídicas, estabelece-se a possibilidade de sua “liquidação forçada” e de ter “seu patrimônio considerado instrumento do crime” para ser perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional, sempre que funcionarem com o fim principal de praticar ou ocultar crimes ambientais (art. 24).

Por efeito da condenação criminal, os crimes de falência impedem a pessoa, por até 5 anos, de exercer a atividade de empresário, de ser membro de órgão diretivo de companhias ou gerente de empresas (art. 181, Lei n. 11.101/2005)¹²⁸. Analogamente, a condenação por crime de lavagem de capitais impede o exercício de cargos diretivos em instituições financeiras, empresas de câmbio ou que negociem títulos no mercado de capitais (art. 7º, Lei n. 9.613/1998)¹²⁹.

Na mesma linha, há a perda de cargos públicos enquanto efeito de condenação criminal. Tal previsão consta no Código Penal (art. 92)¹³⁰ e a legislação criminal econômica repete-a em mais de uma oportunidade, por exemplo em relação aos crimes licitatórios (art. 83, Lei n.8.666/93)¹³¹ e ao crime de participação em organização

¹²⁶ Lei n. 9.605/98. Art. 8º As penas restritivas de direito são: (...) II - interdição temporária de direitos (...). Art. 10. As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.

¹²⁷ Art. 8º As penas restritivas de direito são: (...) III - suspensão parcial ou total de atividades (...). Art. 11. A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às prescrições legais.

¹²⁸ Lei n. 11.101/2005. Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei: I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei; III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio. § 1º Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal.

¹²⁹ Lei n. 9.613/1998. Art. 7º. São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal: (...) II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

¹³⁰ Código Penal. Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos (...). Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

¹³¹ Lei n.8.666/93. Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

criminosa, neste último caso proibindo a ocupação de cargo público durante oito anos (art. 2º, § 6º, da Lei n. 12.850/2013)¹³².

A doutrina celebra esta modalidade de pena porque, embora distinta da pena de prisão, como esta ou ainda mais teria uma enorme eficácia preventiva. Primeiro, porque priva o ofensor dos meios de cometer o crime novamente. E, segundo, por seu efeito dissuasório, dado o impacto econômico dessa pena, que tira do ofensor o seu meio de vida (Bitencourt C. R., 2000, p. 146; Dotti, 1998, p. 380; Pimentel, 1983, pp. 171-172).

Do ponto de vista da otimização da política penal, porém, as interdições de direito, como quaisquer penas não pecuniárias, deveriam “sempre que possível” serem dispensadas em favor de penas pecuniárias.

Primeiro pelo seu custo social. Como as penas de prisão, impõem aos ofensores um prejuízo que não corresponde a qualquer benefício imediato para terceiros e ainda dificultam o cumprimento de penas pecuniárias – aplicadas eventualmente em conjunto –, porque privam os ofensores do seu meio de vida, pelo qual poderiam providenciar os recursos necessários para arcar com tais penas, quando se admite o seu pagamento futuro e parcelado.

No modelo de otimização da política penal, pensado para minimizar *ao máximo* as perdas sociais relacionadas a crimes, o emprego das penas de interdição em lugar de penas pecuniárias somente se justificaria em consideração à maior extensão do dano resultante da ofensa. No Direito Penal em geral, e no DPE em particular, a aplicação de tais penas pouco ou nada depende do dano resultante da ofensa. Principalmente quando é pena genérica – oculta sob a denominação técnica de “efeito da condenação” – ou pena substitutiva preferencial, a interdição de direitos é preferida pelo seu potencial preventivo, não importando que seu custo social seja, eventualmente, até mesmo maior que o dano resultante da ofensa ou que inviabilize, formal ou materialmente, a aplicação de penas pecuniárias.

Uma segunda razão pela qual BECKER as relega a segundo plano é que, de antemão, coíbem a repetição de ofensas eficientes. Em lugar de, *a priori*, impedir que o

¹³² Lei n. 12.850/2013. Art. 2º. (...) § 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

ofensor continue no exercício de sua atividade, o autor propõe o emprego de penas pecuniárias equivalentes aos danos resultantes da ofensa. Se a pena imposta exceder o ganho do ofensor, será suficiente para dissuadir o seu cometimento. E assim como penas de prisão, as interdições de direitos seriam empregadas somente quando o ofensor não pudesse arcar com a pena pecuniária.

Repare-se que as interdições de direitos e congêneres – “suspensão de atividades”, “liquidação forçada” etc. – são as penas mais graves aplicáveis a pessoas jurídicas e, antes da pena de prisão, provavelmente as mais severas destinadas a pessoas físicas.

O Direito Penal e o DPE, particularmente, caminham na direção contrária a otimização da política penal quando incentivam o emprego de tais penas, mais uma vez tendendo a agravar as perdas sociais relacionadas a crimes.

C. Tendências contrárias às penas reparatórias

Ainda que esses obstáculos sejam superados e, ao final, aplicadas penas pecuniárias aos ofensores, não é certo que essas penas terão caráter reparatório.

A julgar pelas penas cominadas aos crimes econômicos, será frequentemente possível substituir a pena de prisão por outras e, exceto pela obrigatoriedade de aplicar penas substitutivas de interdição de direitos, será igualmente ampla a possibilidade de empregar de penas substitutivas pecuniárias e, entre essas, a que serve à reparação do dano: a pena restritiva denominada “prestação pecuniária”.

No entanto, o Direito Penal contém tendências contrárias ao máximo uso de penas pecuniárias reparatórias, como agora procurarei destacar.

a. Penas pecuniárias como instrumento de financiamento da execução penal

É um fato relevante, a meu ver, que, dentre todas as penas pecuniárias possíveis, *i.e.*, multas simples (comuns ou substitutivas), perda de bens e prestação pecuniária, esta última seja a única de natureza reparatória.

A destinação das multas simples e da perda de bens aos “fundos penitenciários” rememora uma espécie de restituição dos custos de punir, pois o financiamento da execução penal é a finalidade principal desses fundos, como prevê a Lei Complementar

n. 74/1997 em relação ao Fundo Penitenciário Nacional, o FUNPEN, ou a Lei Estadual n. 4.955/1964 em relação ao Fundo Penitenciário do Paraná – também denominado FUNPEN.

Entretanto, se considerarmos os critérios que regulam a fixação do valor dessas penas (multa simples e perda de bens), não é mesmo possível vislumbrar nelas qualquer caráter reparatório, nem mesmo dos custos de punir.

Na fixação do valor da multa simples, o Código Penal estabelece que mais importante é a “situação econômica do réu” (art. 60, *caput*). Assim, permite elevar a pena de multa até o triplo tão somente para que seja “eficaz” ante à condição econômica de alguém em particular (art. 60, §1º), de forma que um ofensor extremamente rico seja punido com a multa máxima, por exemplo. Por outro lado, quanto aos ofensores muito pobres, o sistema “dias-multa”, adotado no Código, em tese há de assegurar um valor proporcional a sua condição, pois o valor do dia-multa deve ser minimamente equivalente à renda média diária do ofensor (Busato, 2015, p. 843; Hungria, 2014, p. 630; Bitencourt C. R., 2018, p. 772). Nessa sistemática, não entra em consideração o maior ou menor custo de punir. Já o valor do dano resultante da ofensa, no máximo, pode afetar a quantidade de dias-multa fixada pelo juiz, se ele o considerar entre as consequências do crime, por exemplo, ao fixar a quantidade de dias-multa (art. 59).

A perda de bens e valores, igualmente destinada ao financiamento da execução penal – e, especificamente, ao Fundo Penitenciário Nacional –, tampouco leva em consideração o maior ou menor custo de punir. É estabelecida com base no dano ou no ganho resultante do crime, “o que for maior” (art. 45, § 3º), que em todo caso são exclusivamente parâmetros de fixação do valor da pena. Nesse sentido, à diferença do valor pago a título de “prestação pecuniária” (art. 45, § 1º), os bens ou valores “perdidos” não poderão ser descontados em eventual condenação à reparação civil, até porque não se destinam às vítimas do crime.

Curiosamente, a pena de perda de bens – que não é reparatória – toma como base, eventualmente, o valor do dano resultante da ofensa, sem considerar a situação econômica do ofensor. Já a pena de prestação pecuniária, que é reparatória, leva em conta o valor do dano, mas é limitada pela capacidade econômica do ofensor – como entendem doutrina e

jurisprudência, a despeito de previsão legal expressa – e, ademais, pelo limite máximo de 360 salários mínimos (art. 45, § 1º).

Os valores limites das penas pecuniárias, aliás, tendem a ser maiores quando seu destino é o financiamento da execução penal. Primeiro porque, havendo um parâmetro como o dano ou o ganho, a capacidade econômica do ofensor importa quando a pena é destinada à reparação, mas não quando serve para financiar a execução penal. E segundo porque, havendo um valor limite nominal, esse limite é bem inferior quando a pena é destinada à reparação – de R\$ 359.280,00, ou 360 salários mínimos atuais (R\$ 998,00), na “prestação pecuniária”. Na multa simples, esse valor limite, como vimos acima¹³³, é muito superior, de R\$ 5.389.200,00.

Não é diferente na legislação criminal econômica extravagante. Nesse sentido, para crimes contra o mercado de capitais, da Lei n. 6.385/1976, a multa – como na perda de bens – é fixada “em razão do dano provocado ou da vantagem ilícita auferida pelo agente” e, em caso de reincidência, a multa pode ser de até três vezes o valor do dano ou da vantagem, não importando a capacidade econômica do ofensor (art. 27-F)¹³⁴.

Os limites nominais das penas de multa constantes na legislação extravagante são ainda maiores: podem chegar a R\$ 10.778.400,00 para os crimes contra o sistema financeiro e a R\$ 10.928.100,00 nos crimes do Código de Defesa do Consumidor. Para os primeiros, porque a Lei n. 7.492/1986 (art. 33)¹³⁵ dobra o limite do artigo 49, § 1º, do Código Penal: o valor do dia-multa passa de no máximo 5 para até 10 salários mínimos. Para os segundos, porque a Lei n. 8.078/1990 estabelece que a quantidade de dias-multa será “correspondente ao mínimo e ao máximo de dias de duração da pena privativa da liberdade cominada ao crime” (art. 77). Como a maior pena de prisão, nessa Lei, é de 2 anos, a maior pena de multa pode atingir 730 dias-multa (2 × 2 anos de 365 dias), o que é pouco mais que o dobro da quantidade limite no Código Penal, de 360 dias-multa.

¹³³ Subtítulo 8.3.A.a.

¹³⁴ Lei n. 6.385/1976. Art. 27-F. As multas cominadas para os crimes previstos nos arts. 27-C e 27-D deverão ser aplicadas em razão do dano provocado ou da vantagem ilícita auferida pelo agente. Parágrafo único. Nos casos de reincidência, a multa pode ser de até o triplo dos valores fixados neste artigo.

¹³⁵ Lei n. 7.492/1986. Art. 33. Na fixação da pena de multa relativa aos crimes previstos nesta lei, o limite a que se refere o § 1º do art. 49 do Código Penal (...), pode ser estendido até o décuplo, se verificada a situação nele cogitada.

Nesses termos, assim como as espécies de penas pecuniárias destinadas ao financiamento da execução penal são mais numerosas que as destinadas a reparação, seus valores também são maiores quando servem ao primeiro desses propósitos (*i.e.*, financiar a execução penal).

Não bastasse, há uma forte tendência, na prática, a transformar as penas de prestação pecuniárias – originalmente multas reparatórias – em mais um instrumento de financiamento da execução penal.

A evidência definitiva, nesse sentido, é a Resolução n. 154/2012, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu uma “política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária”. Ela define que todo valor pago a título de prestação pecuniária será depositado em conta bancária vinculada à vara de execuções penais e, quando não destinado à vítima, será empregado no financiamento de projetos apresentados por entidades previamente conveniadas, priorizando-se as seguintes iniciativas:

Art. 2º. (...) § 1º A receita da conta vinculada irá financiar projetos apresentados pelos beneficiários citados no caput deste artigo, priorizando-se o repasse desses valores aos beneficiários que:

- I – mantenham, por maior tempo, número expressivo de cumpridores de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública;
- II – atuem diretamente na execução penal, assistência à ressocialização de apenados, assistência às vítimas de crimes e prevenção da criminalidade, incluídos os conselhos da comunidade;
- III – prestem serviços de maior relevância social;
- IV – apresentem projetos com viabilidade de implementação, segundo a utilidade e a necessidade, obedecendo-se aos critérios estabelecidos nas políticas públicas específicas.
- V – Projetos de prevenção e ou atendimento a situações de conflitos, crimes e violências, inclusive em fase de execução, que sejam baseados em princípios e práticas da Justiça Restaurativa.

Com exceção dos projetos de assistência às vítimas de crimes, a Resolução prioriza iniciativas voltadas para a execução penal ou que sirvam para evitá-la, economizando seus custos (“prevenção da criminalidade”, “prevenção e ou atendimento de situações de conflitos” etc.).

Por certo que a reparação dos danos nem sempre será algo literal ou fácil de operacionalizar, principalmente quando se trata de crimes que resultam em danos para uma coletividade indeterminada ou difusa de pessoas, como é comum nos crimes concorrenciais ou ambientais, e mais ainda nos crimes tentados ou nos denominados

“crimes de perigo” – quando o bem ou interesse pertencente a terceiro não chega a ser agredido, ou não estritamente, mas apenas é ameaçado ou colocado em risco. Embora fuja a meus objetivos, aqui, investigar o “como” operacionalizar a reparação, entendo, seguramente, que o Judiciário se aparta dela quando emprega os recursos da prestação pecuniária para financiar a execução penal ou prevenir crimes. Afinal, qualquer que seja a forma pela qual se concretize a reparação, é evidente que deva proporcionar alguma compensação às vítimas de crimes. Caso contrário, será qualquer outra coisa, mas não reparação.

Nesse formato, a prestação pecuniária acaba se tornando uma espécie de multa simples: o dano, enquanto parâmetro do seu valor, é relegado a segundo plano, porque a capacidade econômica do ofensor é levada em consideração como o é nas multas simples; e seu destino deixa de ser a vítima dos crimes, mesmo que remotamente, e passa a ser também um “fundo penitenciário”, agora local, vinculado à vara de execuções penais. As penas pecuniárias em geral, então, tornam-se meros instrumentos de financiamento da execução penal.

b. Temores quanto ao uso privado do Direito Penal

A visão “clássica”, criticada pela doutrina, é a de que a reparação do dano serve exclusivamente ao interesse privado e o Direito Penal, ocupado com o interesse público, não deveria encampá-la. A multa reparatória, nesse sentido, representaria uma bem-vinda ruptura com aquela tradição equivocada (Dotti, 1998, p. 507; Bitencourt C. R., 2000, pp. 119-120).

Contudo, a introdução da multa reparatória entre as penas substitutivas, na forma da “prestação pecuniária” – por ocasião da Lei n. 9.714/1998 –, significou muito pouco em vista de outras penas pecuniárias que, como apontei no tópico anterior, quando voltadas ao financiamento da execução penal são mais numerosas em espécie e admitem valores maiores. Além disso, a própria prestação pecuniária tende a ser transformada, também ela, em um instrumento de financiamento da execução penal.

A doutrina encoraja esse desvio quando, embora encarando a prestação pecuniária como multa reparatória, curiosamente admite que ela possa ser aplicada mesmo quando não houver dano a reparar (Capez, 2011, p. 444; Bitencourt C. R., 2000, pp. 117-

118)¹³⁶. Essa, aliás, é uma admissão bastante sintomática. Ao aceitar-se que, de um crime, eventualmente não resultará qualquer dano digno de reparação pecuniária, renuncia-se a possibilidade de erigir as penas reparatórias como pilar da política penal, como propõe BECKER em função do objetivo de minimizar ao máximo as perdas sociais relacionadas a crimes.

Tudo isso indica que aquele “clássico” pudor continua bem vivo no Direito Penal, *i.e.*, o receio de que a reparação do dano não seja do interesse público e, nessa medida, não caiba entre as finalidades das penas criminais. Ele sobrevive, assim, ao menos objetivamente.

Há uma exceção bastante curiosa que confirma essa regra, quer dizer, o temor quanto ao uso das penas reparatórias. Para os crimes licitatórios, a reparação é mais ousada, porque não é limitada a um valor nominal ou à capacidade econômica do ofensor. Entretanto, curiosamente, trata-se de reparar danos à administração pública, e não danos infligidos a particulares. No caso, a “multa” – efetivamente, espécie de “multa reparatória” – é calculada por índices percentuais, que variam de 2% a 5% do valor do contrato celebrado com a administração pública e, dentro desse limite, fixa-se a pena com base na “vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente”, destinando-se seu produto em favor da Fazenda Pública do ente lesado¹³⁷.

A superação desse pudor ou temor quanto ao uso do Direito Penal para fins privados, a meu ver, implica dois passos fundamentais. O primeiro é um esforço prático de estimar e reparar o dano sempre que, minimamente, seja possível a aplicação de multas reparatórias – como é o caso para absolutamente todos os crimes econômicos listados no ANEXO I, passíveis de punição por prestação pecuniária.

¹³⁶ Segundo CAPEZ, “andou bem o legislador, uma vez que, se limitasse o valor da prestação pecuniária ao prejuízo suportado pelo ofendido, estaria inviabilizando sua aplicação àqueles crimes em que não ocorre prejuízo, como, por exemplo, em alguns delitos tentados” (2011, p. 444). A inexistência do dano a reparar (ou de vítimas imediatas), para BITENCOURT, é o que autoriza destinar o valor pago a título de prestação pecuniária para entidade com destinação social (Bitencourt C. R., 2000, pp. 117-118).

¹³⁷ Lei n. 8.666/93. Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. § 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. § 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Nesse sentido, conforme BECKER, as dificuldades de estimar o dano ou de efetivar a reparação, por maiores que sejam, não devem impedir a aplicação de penas pecuniárias reparatórias. Essas dificuldades existirão, por exemplo, na estimativa monetária de danos morais resultantes de crimes e, como BECKER admite, essa estimativa será necessariamente “figurativa”, “especulativa” e “grossamente” equivalente – embora entenda que regras tendam a ser adotadas e desenvolvidas, com o tempo, para diminuir a “margem de erro” (1990, p. 69 e nota 57).

Na mesma linha, o autor concebe penas reparatórias impostas a crimes concorrenciais (Becker G. S., 1990, p. 69). Não é o fato de esses crimes resultarem em danos a uma coletividade difusa de pessoas que o impede de vislumbrar a aplicação de tais penas, ainda que a reparação *stricto sensu*, nesse caso, seja praticamente impossível de operacionalizar.

Vale mencionar que, partindo do modelo de BECKER, também se teoriza a aplicação de penas ótimas para crimes tentados ou de perigo. SHAVELL, por exemplo, trata-as em termos de “penas baseadas na conduta” (*act-based sanctions*), em contraste com as “penas baseadas nos danos” (*harm-based sanctions*) (1993). E GAROUPA refere-as como “penas de tentativas” (*punishment of attempts*) (1997, pp. 284-285). O que muda, agora, é que o dano consistirá naquele que seria produzido *vezes* a probabilidade de que venha a ocorrer. Um crime que possa resultar em um dano de \$500 a uma probabilidade de 20%, por exemplo, considera-se que produz um dano de \$100.

Nesses termos, desde BECKER, há um esforço teórico para vislumbrar possíveis aplicações das penas reparatórias nas mais diversas situações, pois aposta-se no seu potencial de otimizar a política penal.

O segundo passo na direção de superar o temor do uso privado do Direito Penal, ou do seu aproveitamento para fins particulares, é compreender que, ao menos no âmbito dos crimes econômicos, isso já é um fato corriqueiro e inevitável e, nesse sentido, é melhor assumi-lo de vez e lidar com ele de forma “consciente” e planejada.

No âmbito dos mercados, onde os crimes econômicos são frequentes, a criminalização de um ofensor inevitavelmente beneficia os demais concorrentes. E tanto quanto mais severa seja a punição, maior o benefício para os concorrentes. Nessa linha,

a teoria econômica encara a criminalização, tanto quanto o crime, como mais uma estratégia ou mecanismo concorrencial.

Nos mercados de toda sorte, o crime é uma estratégia alternativa de obter lucros. As normas que regulamentam as atividades econômicas, as “regras do jogo”, traduzem-se em custos e, então, violá-las proporciona vantagens competitivas aos ofensores, em prejuízo de quem as obedece (Feige, 1990). Por outro lado, a criminalização é igualmente uma estratégia concorrencial. Conforme STIGLER (1971), a instituição de normas regulatórias nos mercados (v.g. normas de proteção dos consumidores, do meio-ambiente, dos trabalhadores etc.), primordialmente, é feita para beneficiar não o público em geral, mas para favorecer os agentes econômicos desse mercado em relação a potenciais novos competidores – elevando os custos de ingressar no setor –; ou ainda para favorecer alguns competidores em detrimento de outros, dificultando sua permanência no mercado (Wood, 1985)¹³⁸. A criminalização da violação das regras regulatórias é, então, ela própria uma estratégia concorrencial, na medida em que reforça as regras instituídas com esse propósito preponderantemente concorrencial.

Compreendida a natureza concorrencial das regras cuja violação se pune, e da própria punição, a solução que menos se presta a instrumentalizar o Direito Penal em função de interesses particulares é justamente aquela proposta por BECKER: fixar penas pecuniárias equivalentes aos danos causados e destinadas a repará-los. Se o agente for capaz de arcar com esses danos, é porque sua conduta é eficiente e incrementa o bem-estar coletivo. Não haverá razão, nas palavras do autor, para “prisões, humilhações públicas ou dissolução de companhias” (Becker G. S., 1990 [1968], p. 69). O objetivo de reparação bastará para dissuadir e, eventualmente, até mesmo impedir a continuidade das atividades – se isso resultar da pena pecuniária imposta em função do dano. Os demais

¹³⁸ Mesmo que as normas não tenham sido planejadas para beneficiar a própria “indústria” ou ramo de atividade, mesmo que tenham sido até certo ponto “impostas” por terceiros – o que parece ser o caso dos direitos trabalhistas –, a consequência é a mesma. Quer dizer, a norma é “aproveitada” pelos agentes econômicos “como se” tivesse sido planejada por eles. SUTHERLAND oferece um exemplo que ilustra bem esse aproveitamento estratégico. Conforme o autor, foi em parte assim que a mineradora dos Guggenheims, uma abastada família americana, tomou o controle da concorrente American Smelting and Refining Company, por volta de 1900. Enquanto os Guggenheims cumpriram a legislação que impôs jornada de trabalho de 8 horas, a American Smelting lutou contra a lei e sofreu com as greves de trabalhadores, o que contribuiu com o plano dos Guggenheims de assumir o controle dessa empresa. Sutherland descreve esse fato não como fruto da boa-vontade ou do espírito republicano dos Guggenheims, mas como mais uma das estratégias de dominação que adotaram contra a American Smelting (Sutherland E. H., 1983, p. 28).

concorrentes, por sua vez, serão beneficiados tão somente na medida dessa pena reparatória.

O que parece ser o emprego privado do Direito Penal (penas reparatórias), nesses termos, revela-se o seu uso mais desinteressado e republicano no âmbito dos crimes econômicos, pois, nessa perspectiva, importa o resultado para o bem-estar coletivo. E o que parecia ser imparcial – penas não reparatórias e que, de antemão, procuram em maior ou menor grau excluir os ofensores do mercado (prisões, interdições de direitos, multas superiores aos danos etc.) –, na verdade, revela-se um perfeito instrumento de interesses concorrenciais.

D. As tendências contrárias como parâmetros ineficientes de conversão (“implícita”) das penas pecuniárias em não pecuniárias

A proposta de máximo emprego das penas pecuniárias voltadas à reparação, em BECKER, acompanha a proposta de que tais penas sejam convertidas em prisão quando o ofensor não arcar com o valor das penas. Em princípio, este também é o critério que a legislação brasileira adota para admitir a conversão das penas pecuniárias em prisão.

A conversão das penas substitutivas (pecuniárias ou não) em prisão só é possível para as penas restritivas (art. 43 do Código Penal). A multa substitutiva, assim, fica excluída dessa possibilidade – assim como a multa comum, aliás. De acordo com o Código (art. 51)¹³⁹, a multa (comum ou substitutiva) é considerada “dívida de valor”, meramente, e deve ser cobrada do ofensor como se fosse uma dívida de qualquer pessoa com a Fazenda Pública.

Nos mais diversos países, seria uma característica tradicional da pena de multa a possibilidade de sua substituição pela pena de prisão, o que no Brasil não mais ocorre desde a Lei n. 9.268/1996, que deu razão ao argumento de que tal conversão seria uma

¹³⁹ Código Penal. Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

forma de arrecadar recursos para o Estado sob a ameaça de prisão (Busato, 2015, p. 842)¹⁴⁰.

A conversão das penas restritivas em prisão, por sua vez, é admitida, e ocorre se houver “o descumprimento injustificado da restrição imposta” (art. 44, § 4º)¹⁴¹. Embora haja resistências na doutrina¹⁴², o Superior Tribunal de Justiça entende que, ante o texto do art. 44, § 4º, as penas restritivas pecuniárias (prestação pecuniária e perda de bens) são conversíveis em penas de prisão quando descumpridas tanto quanto as restritivas não pecuniárias¹⁴³.

Deixando de lado o rigor terminológico e técnico do Direito, entendo que os casos de conversão, em prisão, das penas *não privativas de liberdade* em geral são muito mais frequentes que esse cogitado explicitamente, que é o descumprimento de pena restritiva acarretar sua conversão em prisão. Nesse sentido, a meu ver, toda vez que outra pena diversa da prisão seja (possivelmente) aplicável em seu lugar e, por qualquer razão, isso não ocorrer, haverá aí uma espécie de “conversão” implícita ou disfarçada em pena de prisão.

Assim, os critérios que impedem o emprego de penas diversas da prisão são reinterpretados como critérios de “conversão” implícita de tais penas em prisão. O que muda, nesses casos, são apenas os critérios determinantes da operação. O restante me

¹⁴⁰ Segundo BITTENCOURT, em que pese seja conhecido como “sistema nórdico”, o dias-multa foi pela primeira vez tornado lei no Código Criminal do Império, no Brasil. Abandonado no Código Penal de 1940, retornou com a reforma deste em 1984, embora enfraquecido pela reforma de 1996, que impossibilitou a conversão da multa em prisão (Bitencourt, 2018, p. 770).

¹⁴¹ Código Penal. Art. 44. (...) § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

¹⁴² Argumenta-se, por exemplo, que a sistemática de conversão, no art. 44, § 4º menciona o “tempo cumprido”, e, como não há “tempo” de cumprimento nas restritivas pecuniárias, elas não seriam conversíveis em prisão, por falta de permissão textual do Código Penal. Além disso, argumenta-se que a conversão, nesse caso, equivaleria à prisão civil por dívidas, proibida na Constituição (art. 5º, LXVII), e contrariaria a intenção do legislador que, na reforma promovida pela Lei n. 9.268/1996, alterando o art. 51 do Código Penal, excluiu dele a possibilidade de conversão da pena de multa em prisão (Bitencourt C. R., 2018, p. 709; Cirino dos Santos, 2005, p. 95).

¹⁴³ Nesse sentido, menciono os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: (i) **RHC 92.245/SP**, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 15/10/2018; (ii) **HC 366.442/SC**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017; (iii) **AgRg no RHC 32.328/ES**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017; (iv) **RHC 76.139/BA**, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016; (v) **HC 264.368/MG**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015; (vi) **HC 292.911/RS**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 09/09/2014.

parece questão de puro procedimento ou semântica, ao menos do ponto de vista da análise econômica.

Por exemplo. A mínima exigência legal para autorizar o emprego de penas substitutivas (restritivas de direito e multa substitutiva) em lugar da prisão são as quantidades dessa última. A esse critério acrescenta-se, como vimos, as exigências legais de que o ofensor não seja reincidente no mesmo tipo de crime doloso e que não o tenha cometido com violência ou grave ameaça. Além disso, pode a avaliação discricionária do juiz, baseando-se nos elementos referidos no art. 44, II e § 3º, do Código Penal, impedir a troca da prisão por penas substitutivas. Tais critérios adicionais, nessa perspectiva de análise que estou propondo, determinam a “conversão” das penas substitutivas em prisão tanto quanto o descumprimento das restritivas implica essa conversão.

A multa alternativa (como qualquer multa), por sua vez, se descumprida não se converte em pena de prisão. Porém, quando o juiz, baseando-se na avaliação discricionária dos elementos do art. 59 do Código Penal, opta pela prisão em detrimento da multa da alternativa, há aí uma espécie de conversão implícita da multa em prisão, análoga àquela que antes se admitia pelo não pagamento da multa. A diferença substancial é que, neste caso da conversão implícita, o ofensor é mandado direto à prisão, antes de se lhe oportunizar o pagamento da multa.

Já analisei tais critérios anteriormente e procurei demonstrar que caminham na direção contrária àquela sugerida pelo modelo de otimização da política penal. Como proposto por BECKER, o emprego de penas mais custosas, de penas não monetárias, como a prisão, deveria ser reservado aos casos em que o dano resultante do crime é maior do que os recursos de que dispõe o ofensor. E isso tem duas implicações.

Uma, para crimes que o autor exemplifica com homicídios e estupros, são os casos em que admite estabelecer *a priori* penas não monetárias, porque nestes os danos provocados superam os recursos de quaisquer pessoas, *i.e.*, nenhuma quantidade de dinheiro disponível a quem quer seja será equivalente ao dano. A outra implicação – aplicável aos crimes puníveis com penas pecuniárias – é admitir a conversão da pena pecuniária em prisão se (e exclusivamente quando) o ofensor não puder arcar com o seu valor, *i.e.*, se determinado ofensor, em particular, não dispuser dos recursos equivalentes aos danos.

O nosso Direito Penal, ao menos em relação aos crimes econômicos, já admite largamente que tais crimes possam ser sancionados com penas pecuniárias. E em geral, para qualquer crime, admite que, se não forem pagas, podem ser convertidas em penas de prisão. A diferença, em relação à proposta de BECKER, é que admite essa conversão, embora de forma disfarçada ou implícita, também por outros motivos.

Nesse sentido, passa-se a penas mais severas (e custosas) em função de características pessoais dos ofensores, como é evidente na reincidência e subjacente na proibição de substituição para crimes violentos. A esses dois critérios soma-se ainda todos aqueles que dependem de uma avaliação discricionária pelo juiz e que, igualmente, podem impedir o uso de penas diversas da prisão (art. 44, II e § 3º). Ou melhor, sob este enfoque analítico “invertido” que estou propondo, podem determinar a “conversão” a prisão.

Não analiso nesta oportunidade os critérios discricionários relevantes para escolha da multa alternativa (art. 59) ou das penas substitutivas (art. 44, II e § 3º) em lugar da prisão, mas parece-me muito claro que, em sua grande maioria, como antes aponte de passagem, são critérios relativos a elementos puramente subjetivos, que não levam em consideração o maior ou menor dano resultante da ofensa.

Incluídas nas hipóteses de conversão também essas que ocorrem de forma implícita ou disfarçada, fica claro que as hipóteses admitidas em nosso Direito Penal destoam da proposta de BECKER, que só admite a conversão quando a pena diversa da prisão é descumprida.

Para o autor, dependerá exclusivamente da capacidade econômica do ofensor a conversão ou não da pena pecuniária em prisão. À diferença dos critérios adotados pelo Direito Penal para determinar a conversão da pena pecuniária em prisão, este proposto por BECKER não depende da ausência de reincidência ou de violência, e tampouco depende de qualquer avaliação discricionária judicial.

Por óbvio que, também na proposta de BECKER, haverá alguma discricionariedade na fixação da pena – que o autor supõe que será aperfeiçoada e atenuada, com o tempo –, pois o dano nem sempre poderá ser estimado a partir de critérios estritamente objetivos, principalmente os danos morais. Em todo caso, a meu ver, um dos

fundamentos dessa proposta – que acompanha o argumento de que essa é forma mais eficiente de punir – é transferir ao ofensor a responsabilidade pela conversão ou não da pena pecuniária em prisão. Será preso, por exemplo, se, podendo pagar, de alguma forma opta por evadir-se dessa obrigação; ou se optar por cometer um crime que lhe proporciona um ganho monetário inferior ao equivalente em dinheiro do dano que provoca.

Isso está perfeitamente de acordo com a perspectiva da *dissuasão ótima*, que permeia as propostas de BECKER. Nessa linha, como vimos, a pena é compreendida como “preço” do que é permitido, e não a sanção do que é proibido. Se é assim, é natural que daí resultem propostas que, ao final, transfiram ao próprio ofensor a responsabilidade pelo tipo de pena com o qual arcará.

Além disso, essa é a solução mais eficiente do ponto de vista econômico. Até que se prove impossível, porque o ofensor não dispõe dos recursos para suportar a pena pecuniária, a política penal deve insistir na aplicação dessa modalidade de punição, pois é a que minimiza ao máximo os custos de punir e, nessa medida, as perdas sociais totais que a criminalidade implica.

Concluindo esta análise, aponto que caberia ao DPE, enquanto Direito Penal que se propõe proteger a “economia” – em vez de agredi-la como já o fazem, em tese, os crimes que combate –, aprofundar a aposta nas penas pecuniárias que possivelmente já admite para todos os crimes econômicos e admitir, também, que sua conversão em prisão (ou em qualquer outra pena não pecuniária) ocorra exclusivamente em caso de não pagamento dos valores impostos em função da reparação do dano, deixando para trás as hipóteses de “conversão” (implícitas) analisadas acima.

CONCLUSÃO

Ao longo deste texto, procurei compreender a função do Direito Penal Econômico (DPE) – *i.e.*, aquela que a doutrina lhe atribui – e submetê-la à crítica econômica, no sentido de avaliar em que medida este ramo do Direito Penal pode ou não cumprir tal função.

Para isso, lancei mão de uma perspectiva econômica que me permitisse interpretar e traduzir aquela função em termos mais simples e concretos.

De “proteção de bens jurídicos supraindividuais e relacionados à economia”, então, cheguei à conclusão de que ao DPE, enfim, a literatura jurídica atribui a função de proteger a “economia” lícita, no sentido de proteger o conjunto dos interesses que tipicamente se realizam nesse campo das relações sociais e atividades humanas denominado “economia”, bem como proteger a própria estrutura e continuidade desse campo, como se este consistisse em um “órgão” ou “máquina” de cujo bom funcionamento – funcionamento “normal”, “equilibrado” etc. – depende a satisfação daqueles interesses.

Entretanto, partindo de BECKER, especificamente, apontei que o DPE, como qualquer instrumento de política penal, também agride a “economia”, por conta de seus custos “econômicos”, diretos e indiretos, entre os quais se incluem os recursos necessários para investigar, processar e condenar ofensores, além dos recursos que, por conta das punições que são impostas, deixam de ser produzidos e consumidos pelos ofensores ou por suas empresas, atividades e dependentes, como familiares empregados, clientes, fornecedores etc.

E creio, agora, poder concluir que a literatura jurídica – espelhando a própria legislação criminal reunida no DPE – ignora largamente esse outro lado da questão, o que, teoricamente, reforça as dificuldades que esta parcela do Direito Penal encontra para cumprir sua função de forma “ótima”.

Procurei avaliar o desempenho da função de proteção da economia pelo DPE concentrando-me, especificamente, sobre aspectos desse último relativos a penas pecuniárias e reparatorias, mesmo quando estas não possam ser qualificadas tecnicamente como penas no sentido jurídico, mas que são para todos efeitos uma “pena” no sentido

econômico, um custo imposto ao ofensor caso seja descoberto e condenado – caso do “perdimento” do produto do crime, por exemplo, tecnicamente um “efeito da condenação”, e não uma pena em termos jurídicos. Atentei, no mais, para os critérios que se aplicam, na disciplina desses aspectos, independentemente de qualquer discricionariedade judicial.

Nesse sentido, retomo aqui, brevemente, as conclusões mais importantes a que cheguei, para encaminhar o raciocínio final que encerra este trabalho.

A. Contradições entre estrutura e função do DPE

A mais surpreendente constatação que fiz nesta análise, a meu ver, foi a de que as penas que se prevê aplicar contra os crimes econômicos podem, em larga medida, corresponder à proposta de BECKER que é empregar, “sempre que possível”, penas pecuniárias e reparatórias, em nome de reduzir os custos de punir. Tanto é assim que, em 75% dos casos aqui considerados “crimes econômicos” (ANEXO I), as penas máximas de prisão cominadas permitem-se trocar por penas substitutivas; e, em 95% dos casos, a pena mínima dos crimes econômicos não ultrapassa 2 anos de duração e, por isso, haveria de ser dobrada pelo juiz para que restasse impossível, tão somente pela quantidade de pena de prisão, sua troca por penas substitutivas, dentre as quais é possível optar por multas, perda de bens e prestação pecuniária – sendo que, esta última, além de pena pecuniária, é também reparatória.

A essas tendências condizentes com a proposta de BECKER verificadas nas possíveis penas dos crimes econômicos, no entanto, opõem-se obstáculos que, de forma implícita, indireta ou disfarçada, implicam a “conversão” de penas pecuniárias em penas de prisão por razões ineficientes, agravando o custo de punir a partir de critérios moralistas.

São critérios como a violência eventualmente empregada no crime cometido e, especialmente, a reincidência “específica” do ofensor. Tais critérios, independentemente de os danos provocados pelos crimes em questão serem maiores ou menores, impedem a conversão da pena de prisão em penas substitutivas e, dentre essas, em penas pecuniárias.

As penas pecuniárias, também vimos, tendem a ser resumidas a um instrumento de financiamento da execução penal, como já acontece com as multas e a perda de bens

e valores e, também agora, tem sucedido às prestações pecuniárias – utilizadas como instrumento de arrecadação de recursos para uma espécie de fundo penitenciário local, administrado pelos juízes das varas de execuções penais, conforme norma do Conselho Nacional de Justiça.

Além das penas propriamente ditas, analisei as medidas que, embora tímidas, mitigam ou excluem a pena quando os danos resultantes de crimes são ínfimos ou venha a ser reparados, o que caminha na direção de reduzir os custos de punir ante a menor quantidade de danos derivada da ofensa ou havida após a reparação. Tais medidas – v.g. o “arrependimento posterior” (art. 16, do Código Penal), a atenuante de pena pela reparação do dano (art. 65, III, b), o princípio da insignificância e outras –, contudo, também são descartáveis com base em critérios ineficientes, os quais impõem a aplicação de penas mais severas e custosas, ou descartam a possibilidade de não aplicá-las, por critérios outros que não a extensão do dano ou o fato não ter sido reparado.

No caso, essas medidas são descartadas por conta de características pessoais e do histórico criminal do ofensor, ou porque a reparação não é voluntária ou é tardia, exigências que refletem simplesmente um juízo moral. Na mesma linha, pude ainda concluir que a eventual insignificância dos danos é verificada primordialmente pelo desinteresse da vítima na lesão que tenha sofrido, não entrando em consideração, nessa avaliação, uma preocupação com os custos de punir, como a de evitar que esses superem os danos resultantes da ofensa, agravando ainda mais as perdas sociais, diretas e indiretas, relacionadas à ofensa.

Vimos também que, havendo de escolher entre basear a pena nos danos ou nos ganhos resultantes do crime, o Direito Penal em geral e o DPE, em particular, optam sempre pelos ganhos quando estes forem superiores aos danos, o que revela uma lógica de “dissuasão completa”, que é impedir forçosamente a repetição do crime, não importando se este produz mais ganhos do que danos, *i.e.*, se é um crime eficiente. Por outro lado, a perspectiva da “dissuasão ótima”, que informa o modelo de BECKER, implica basear a pena nos danos, e destiná-las a sua reparação, ainda que estes danos sejam inferiores aos ganhos. O objetivo, no caso, é permitir que o ofensor repita o crime sempre que obtenha através dele ganhos ainda maiores que o suficiente para reparar os danos que causa, o que incrementa o bem-estar da coletividade em geral, em vez de reduzi-lo.

Confirmando esta lógica de “dissuasão completa”, a legislação criminal determina que, preferencialmente, entre as penas substitutivas há de empregar-se as de interdição de direitos, o que a doutrina celebra por seu efeito preventivo de impedir, em absoluto, a repetição do crime.

Essas críticas que, partindo de BECKER e seus parâmetros de otimização da política penal, elaborei na PARTE 3 deste trabalho, entendo que não sejam suficientes para apontar, em absoluto, que o DPE prejudica a “economia”, mais do que a protege. Entendo, também, que uma conclusão dessa magnitude dependeria, necessariamente, de estudos empíricos e quantitativos que, além disso, haveriam de limitar-se a casos e/ou períodos específicos.

De qualquer forma, e novamente segundo BECKER, não importa apenas que a política penal reduza os prejuízos resultantes de crimes, mas que o faça da forma mais eficiente possível, para coibir o máximo de danos ao menor custo. Assim, tão importante como investigar se o DPE, no final, agrava ou beneficia o bem-estar social, é saber o quanto faz de uma coisa ou outra.

Nessa linha, com base nas tendências gerais do DPE que pude inferir na análise anterior, penso que, com o auxílio de BECKER, pude identificar entre tais tendências graves obstáculos que dificultam a realização “ótima” ou eficiente do propósito que a doutrina atribui a esse ramo do Direito Penal.

O modelo de BECKER inclui o pressuposto de que, se o objetivo da política penal é proteger o bem-estar social – “econômico” e “não econômico”, leia-se, mensurado usualmente em termos monetários ou não –, ela deve considerar protegê-lo inclusive de si mesma, pois também agride esse bem-estar e, possivelmente, pode agredi-lo mais do que os próprios crimes que combate caso o seu custo – o custo de dissuadir via punições – supere os danos resultantes das ofensas, ou caso desestimele o cometimento de ofensas eficientes.

Da mesma forma, se o objetivo do DPE é proteger a economia, ele também deve considerar protegê-la de si mesmo, pois igualmente agride a economia e, possivelmente, pode agredi-la mais do que os crimes econômicos cujo cometimento visa coibir.

A doutrina, por sua vez, colabora intelectualmente com essa incoerência entre elementos da estrutura do DPE e sua função. Nada obstante seja ela mesma que, distinguindo na legislação criminal esta parcela do Direito Penal que denomina “Direito Penal Econômico”, atribui-lhe a função de proteger a economia, também ela contribui para que essa função não seja cumprida de forma ótima, como agora veremos, encerrando este trabalho.

B. A raiz teórica dos aspectos “antieconômicos” ou destrutivos

A concepção de economia que a doutrina, implicitamente, embute na definição dita “jurídica” ou “dogmática” do DPE compromete a possibilidade de que ela mesma considere os custos econômicos do DPE e, nessa medida, já no nível teórico em que a função de proteção da economia é concebida para este ramo do Direito Penal fica prejudicada a possibilidade de que ele a cumpra de forma ótima¹⁴⁴.

Essa é, creio, a principal conclusão e contribuição deste trabalho, dirigida como crítica à literatura jurídica. A fim de melhor a expor, quero retomar, brevemente, o que vimos nas duas primeiras partes deste trabalho.

Na PARTE 1, acima, apresentei e analisei quais são as diferentes concepções da relação entre crime e economia presentes na literatura “não jurídica” (econômica e criminológica), a fim de, posteriormente, identificar dentre essas qual é a concepção que a doutrina introduz, implicitamente, na definição que oferece para o DPE.

Vimos que tais concepções são (i) a da “economia” como causa de crimes que, por conta dessa qualidade de suas causas, são denominados “crimes econômicos”, nesse caso identificando-se “economia” com fatores criminógenos do tipo pobreza e riqueza, ou ganância e egoísmo, como o faz Willem BONGER; (ii) a da “economia” como campo das relações sociais, nele incluídas as atividades de caráter profissional ou mercantil, ou relativas à produção, distribuição, circulação e consumo de bens de natureza monetária – o que é o caso, vimos, dos crimes do colarinho branco, de SUTHERLAND, que são aqueles cometidos no exercício de atividades profissionais e empresariais lícitas; (iii) a da “economia”, enfim, concebida como qualidade não de fatos ou comportamentos, mas

¹⁴⁴ Não que a doutrina o faça, vale dizer, propositalmente. Penso que tal concepção de economia a doutrina “embute” no que entende como DPE de forma irrefletida, deixando-se levar por concepções de economia dispersas e sedimentadas no senso comum.

de um tipo de método, o “método econômico” – como formulado por BECKER –, que é uma espécie de olhar ou abordagem empregável no estudo de qualquer comportamento humano e, nessa medida, de qualquer crime.

Na PARTE 2, então, pude inferir que o significado de “economia” empregado pela doutrina para referir-se ao DPE é semelhante ao segundo daqueles mencionados acima, quer dizer, o de um objeto no mundo, um setor determinado das relações sociais, um campo específico das atividades humanas – ao qual, potencialmente, contrapõe-se o campo “não econômico” da vida. Os crimes incluídos no DPE, nesse sentido, são “econômicos” porque o setor das relações sociais em que se inserem empresta-lhes o qualificativo “econômico”.

Constatei, ainda, que a doutrina refere-se especificamente ao campo da “economia” lícita e que os crimes incluídos na abrangência do DPE “tendem” a ser aqueles que, quando cometidos, o são necessariamente em meio à “economia” lícita. À diferença de SUTHERLAND, note-se, que também situa os “crimes do colarinho branco” na “economia” lícita – como tais considerando até mesmo homicídios, se cometidos em função da atividade profissional ou empresarial lícita –, no DPE a doutrina tende a incluir somente aqueles que, quando cometidos, necessariamente o são em meio à economia lícita – o que exclui homicídios, por exemplo.

Esse critério, primeiro, e como é mais óbvio, conduz a excluir do DPE crimes cometidos em meio a relações humanas que, usualmente, não são consideradas econômicas, porque referentes a bens (coisas e serviços) para os quais não há regularmente um mercado e que, por conta disso, também não possuem um valor de troca, um valor em dinheiro ou monetário – ao menos não habitualmente. É por isso que sequer cogita-se incluir no DPE, por exemplo, crimes cometidos em meio atividades sexuais (v.g. perigo de contágio venéreo ou estupro) ou em meio às relações familiares (v.g. abandono material ou violência doméstica).

Mas há crimes cujo conteúdo “econômico” – naquele sentido de ser relativo a bens “econômicos” porque mercantis ou monetários – é evidente e que, mesmo assim, não são incluídos no DPE. Daí o critério da licitude também integrar a definição da matéria pela doutrina. Assim, incluem-se nela apenas os crimes que, quando cometidos,

necessariamente o são em meio a atividades econômicas lícitas, quer dizer, referentes a bens cuja propriedade o Direito reconhece como legítima.

Por isso é que crimes relativos a mercados ilegais (v.g. tráfico de drogas e armas, ou relativos à prostituição e jogos ilegais) tendem a ser excluídos do DPE, assim como os crimes patrimoniais que podem ser cometidos independentemente de estarem imiscuídos em relações econômicas lícitas. Nesse sentido, tende-se a incluir no DPE as expropriações fraudulentas e semelhantes (v.g. estelionato, fraudes comerciais, apropriações indébitas etc.), as quais simulam relações lícitas e, por isso mesmo, ocorrem entre elas; e tende-se a excluir de suas abrangência os crimes patrimoniais violentos.

Acentuei que se trata de uma “tendência” – *i.e.*, “tendência” de restringir o DPE a crimes cometidos necessariamente na “economia” lícita –, porque, dentre outras razões, os autores eventualmente incluem no DPE crimes que não observam precisamente essa restrição – v.g. incluídos os crimes ambientais no DPE, por exemplo, como é comum na doutrina, há entre eles alguns que dizem respeito ao tráfico ilegal de espécimes da flora e da fauna.

Essa tradução que procurei fazer da dita “definição jurídica” do DPE para o “idioma” econômico ainda precisa ser aperfeiçoada, embora, creio, nunca poderá ser perfeita se quiser ser apenas uma “tradução” da definição jurídica, em vez de substituí-la ou corrigi-la, porque esta última também não é perfeita, mas sim imprecisa e equívoca, como reconhecem os autores e, ademais, transparece claramente nas dificuldades de delimitar a abrangência do DPE, quer dizer, o conjunto de crimes que o integra.

Em todo caso, entendo que a interpretação que dela procurei fazer neste trabalho – transportando-a para a linguagem mais simples e concreta da perspectiva econômica –, seja suficiente para evidenciar que essa definição é a raiz teórico-econômica, na literatura jurídica, dos obstáculos ao desempenho ótimo da função de proteção da economia pelo DPE.

Imediatamente, essas tendências contrárias ou obstáculos resultam de dispositivos inseridos nesta parcela da legislação criminal que a doutrina designa “Direito Penal Econômico”. As causas pelas quais os legisladores inserem-nos aí são, possivelmente, inúmeras; cogito que a principal delas seja simplesmente o desejo de se “venderem”, nas

eleições, como autores de penas severas ou, no caso particular do DPE, comparativamente a outros ramos do Direito Penal (v.g. crimes patrimoniais violentos), de punir de forma não tão branda. Dentre essas as inúmeras possíveis, e provalvemente mais importantes explicações de porque a estrutura do DPE é recheada com aqueles obstáculos, quero aqui destacar o papel da doutrina e, especificamente, da concepção de economia que informa a definição que oferece para o DPE.

Nesse sentido reduzindo a “economia” e as questões que lhe são próprias a um objeto determinado no mundo, circunscrito a um setor específico (embora impreciso) da vida e das relações sociais, o qualificativo “Econômico” em “Direito Penal *Econômico*” é associado às condutas a que se refere esta parcela do Direito Penal, ao âmbito social em que intervém, mas não ao próprio “Direito Penal” que há no “*Direito Penal Econômico*”. Concebe-se um efeito econômico para este ramo do Direito Penal, mas estritamente em função do efeito “econômico” das condutas coibidas.

Nesses termos, o que de “econômico” há no DPE somente se concebe por intermédio do que há de “econômico” nas características e efeitos das condutas “econômicas” nele incorporadas quando criminalizadas. Por outro lado, o que de “Direito Penal” há nessa matéria é colocado “fora” da “economia” e dos problemas “econômicos”. Assim, a “economia” é algo externo ao Direito Penal (que se qualifica de) Econômico.

Partindo-se dessa concepção de economia que subjaz à definição do DPE, decorre teoricamente, concludo, a tendência de ignorar os malefícios que este ramo do Direito Penal, no que tem de Direito Penal, causa para a “economia”.

Não que seja esta a causa primordial daqueles obstáculos, repito, mas é, na perspectiva teórico-econômica a versão mais elementar da contradição entre estrutura e função do DPE, bem como tende a ser o endosso intelectual de tais obstáculos.

Concebe-se um Direito Penal, então, que exclusivamente protege a “economia” dos crimes que a prejudicam, ignorando-se os seus aspectos antieconômicos ou também destrutivos da “economia”. Supõe-se, enfim, que quanto mais o DPE for colocado em prática, quanto mais criminalização houver e menos crimes econômicos ocorrerem, o bem-estar “econômico” seria elevado.

Diversamente, uma ideia fundamental do modelo de BECKER é que, tanto quanto a criminalidade resulta em perdas sociais, o combate a ela resulta em perdas igualmente relevantes. O autor não ignora que o bem-estar da coletividade é diminuído pelos crimes. Mas pressupõe que também a criminalização diminui esse bem-estar, quando elimina os crimes que aumentam o bem-estar, e quando dispende ainda mais recursos sociais que aqueles consumidos pela própria criminalidade.

Criminalizar mais e reduzir crimes, nessa perspectiva, não é automaticamente sinônimo de mais bem-estar, porque pode resultar na consequência oposta, que é agravar as perdas sociais. Admite, assim, que a melhor forma de proteger o bem-estar é, eventualmente, criminalizar menos, ou menos severamente, e permitir mais crimes.

Daí sua proposta de aplicar, “sempre que possível”, penas pecuniárias, limitadas aos danos e com a finalidade de repará-los, o que DPE, por seu turno, apenas “ensaia” colocar em prática.

C. A “moral” da eficiência econômica

Creio ter deixado claro que, em BECKER, o bem-estar a considerar não é apenas aquele que pode ser medido monetariamente, o bem-estar “material” ou “econômico”, em nome do qual o autor defendesse o sacrifício puro e simples de valores morais ou bens aos quais usualmente não se atribui um valor monetário.

Entretanto, sua teoria também rejeita o caminho inverso, que seria sacrificar o quanto fosse necessário de recursos “econômicos” em nome de maximizar o bem-estar “não econômico”, como é o bem-estar “moral”, digamos, que se extrai do nível de obediência às regras jurídicas, independentemente de qualquer benefício “econômico”.

O “coração de seu argumento”, segundo ele mesmo, é romper dualismos como este que segrega a vida individual e social em setores, o “econômico” e o “não econômico” (Becker G. S., 1990 [1976], p. 14). Pressupõe, nesse sentido, que haverá sempre uma quantidade de bem-estar “moral” que, embora variando entre as pessoas, segundo suas preferências individuais, estejam elas dispostas a sacrificar em nome do bem-estar “econômico”. E vice-versa.

Daí sua proposta de punir precificando, “sempre que possível”, e ainda que de forma especulativa e figurativa, o dano a bens “morais”. Se o ofensor “paga” a pena, as vítimas serão compensadas (figurativamente, ao menos) e, ainda que volte a cometer a ofensa, não haverá razão para medidas mais dramáticas e custosas. Pelo contrário. Isso evidenciará a eficiência da ofensa, que proporciona o suficiente para reparar os danos e ainda um lucro para o ofensor.

Perceba-se que, precificando uma coisa em termos da outra, previne-se em alguma medida o uso enviesado do “não econômico”, da moral, para fins “econômicos”. Em nome do bem-estar “moral”, a criminalização – que, da perspectiva econômica, vimos ser uma estratégia ou mecanismo concorrencial em toda sorte de mercados, tanto quanto o próprio o crime também o é – inevitavelmente favorece o bem-estar “econômico” de uns concorrentes em detrimento daqueles que, por razões morais, “não econômicas”, sejam excluídos do mercado em decorrência das punições que lhe sejam impostas.

A precificação e punição monetária dos danos a bens “não econômicos” não evita, em absoluto, o uso enviesado da política penal, mas torna mais transparente sua ocorrência e, nessa medida, as possibilidades de que mais pessoas participem do debate político que constitui tal política, *i.e.*, o debate sobre quantos recursos sociais permitir que esse objetivo consuma, direta (com juízes, promotores, policiais etc.) ou indiretamente (interrompendo as atividades produtivas dos ofensores punidos), em nome de combater os danos resultantes de crimes.

As concepções “classificadoras” de economia, como a que é subjacente ao DPE, por seu turno, alimentam o dualismo entre bens “monetários” e “não monetários”, entre comportamentos humanos “econômicos” e “não econômicos”, ou “econômicos” e “morais”. Sugerindo que estes últimos não possam ser medidos em termos daquele, serve perfeitamente de endosso teórico do uso enviesado da moral para fins “econômicos”.

Na legislação que corresponde ao DPE, pode constar que se não se leva ao extremo a segregação entre “econômico” e “não econômico”, pois admite-se que muitos crimes, a par de causarem danos também “não econômicos”, sejam punidos com penas exclusivamente pecuniárias. Nesse sentido, pude confirmar que, para a maioria dos crimes econômicos, a legislação já admite um largo emprego de penas pecuniárias e reparatorias.

Nada obstante, um tipo de obstáculo ao emprego ótimo dessas penas no DPE, e cuja raiz teórico-econômica é a concepção classificatória de economia, consiste na estreiteza e timidez do que se concebe como danos a reparar e, nessa medida, como vítimas a serem ressarcidas.

O elemento mais sintomático dessa estreiteza e timidez é a admissão, que aparece quando se discute a pena de prestação pecuniária na doutrina, de que eventualmente não resultará de um crime qualquer dano digno de reparação pecuniária, o que impede erigir as penas reparatórias como pilar da política penal, como propõe BECKER em função do objetivo de minimizar ao máximo as perdas sociais relacionadas a crimes.

Um Direito Penal que se singulariza pelo objetivo de proteger a “economia”, mesmo quando coíbe danos a bens “não econômicos”¹⁴⁵, mais do que qualquer outro deveria se preocupar com os custos “econômicos” dessa tarefa, o que BECKER demonstra implicar a necessidade de empregar penas pecuniárias e reparatórias sempre que possível.

Entendo, então, que um passo importante nessa direção é libertar-se também da concepção classificatória de “economia”, que teoricamente limita a tradução dos bens “não econômicos” – assim tratados usualmente – em termos monetários.

D. Últimas considerações

O que fiz ao longo desta análise foi empregar BECKER para denunciar as incoerências da literatura jurídica com respeito ao que ela define como DPE em relação à função que atribui a tal parcela do Direito Penal. Esse uso crítico, naturalmente, sugere a substituição dos mecanismos criticados por outros que estejam de acordo com a proposta de BECKER.

A implementação prática e integral das propostas do autor exigiria discutir melhor as dificuldades que daí obviamente resultarão. Entre essas, mencionei algumas ao longo

¹⁴⁵ Obviamente, o DPE, como qualquer Direito Penal, também se ocupa de coibir danos a bens aos quais não se atribui, usualmente, um valor monetário, ou não por conta de sua relevância monetária, apenas. Nesse sentido, teoricamente, coíbe danos à saúde humana, por exemplo, também pelo seu valor em si, a par de sua relevância para a qualidade da força de trabalho integrada na economia monetária ou mercantil. Proteger a “economia”, portanto, não é a única função possível do DPE, embora a doutrina se valha desse aspecto para singularizar esta parcela do Direito Penal em relação a outras.

deste estudo, que ressalto nestas últimas considerações como temas a serem trabalhados em futuros trabalhos.

Será preciso esclarecer melhor, nesse sentido, que critérios, necessariamente figurativos, adotar para estimar penas pecuniárias equivalentes a danos infligidos sobre bens não monetários, ou quais critérios adotar para estabelecer tais penas em caso de crimes que não produzem danos estrita e imediatamente, mas apenas um risco de que esse dano seja produzido (crimes de perigo, de mera conduta e tentados). Muito dessa discussão, creio, já é feita no âmbito da responsabilidade civil, de forma que a real dificuldade seria pensar o seu transporte para o âmbito da política penal, como propõe BECKER, referindo-se que, adotadas suas propostas, muito do direito criminal se tornaria uma espécie de “responsabilidade civil social” (Becker G. S., 1990 [1968], p. 68).

Será necessário discutir, ademais, como operacionalizar a reparação quando os bens danificados são “não econômicos” e as vítimas, além disso, sejam difusas, não individualizáveis, como em danos resultantes de crimes ambientais ou concorrenciais. Certamente, entendo, não será pela forma atual que é utilizar os recursos arrecadados, nesses casos, para financiar a execução penal – que é o que tem sido feito com parte dos recursos oriundos de penas de prestação pecuniária, como vimos.

E mais importante, enfim, será preciso cuidado para não tornar a possibilidade de conversão das penas pecuniárias em prisão – o que já ocorre explícita ou implicitamente no DPE – uma simples medida para forçar o pagamento da pena pecuniária. BECKER concebe que a pena de prisão efetivamente sirva de pagamento alternativo, não um mero meio de coagir o pagamento. Levando ao pé da letra esta proposta, porém, não restaria qualquer indenização pecuniária, sequer dos danos patrimoniais, que a vítima pudesse vir a cobrar do ofensor futuramente. É necessário, portanto, investigar melhor como operacionalizar esta proposta de forma a não vedar qualquer eventual indenização à vítima, futuramente, e também não transformar a possibilidade de conversão em simples forma de forçar o pagamento. Também seria fundamental, conforme BECKER, atribuir um valor grande o suficiente ao dia de prisão para que esta conversão não seja injusta com os mais pobres.

A literatura derivada de BECKER discute amplamente esses temas (Polinsky & Shavell, 2000; Shavell, 1993; Garoupa, 1997) que, nesta oportunidade, reservei para

estudos futuros. Meu objetivo, aqui, foi eminente teórico e crítico, não prático e propositivo.

De qualquer forma, entendo, esta é maior contribuição de BECKER. Mais que prescrever soluções pontuais para o Direito Penal existente, BECKER exige a renúncia de pressupostos fundamentais do Direito Penal como o conhecemos. Exige sua refundação em novos termos, deslocando radicalmente o seu foco da punição para a reparação.

Em todo caso, ficam daquelas críticas algumas sugestões práticas no sentido de aperfeiçoar, paulatinamente, os mecanismos criticados, priorizando as penas pecuniárias ao máximo, estabelecendo-as em função dos danos causados e ressignificando as penas reparatórias, hoje tendentes a serem reduzidas a mais um mecanismo de financiamento da execução penal.

Fica também a ressignificação da definição jurídica desta matéria denominada “Direito Penal Econômico”, compreendo-se que na sua base encontra-se uma concepção particular, datada e problemática de “economia”, que circunscreve esta última a um setor determinado da vida individual e social, ocultando os aspectos antieconômicos deste particular *Direito Penal* (Econômico) que se pretende singular por proteger a “economia”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aftalión, E. R. (1969). *Tratado de Derecho Penal Especial* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
- Aguilar, F. H. (2012). *Direito Econômico – do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. (3ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Ampuero, R. (1962). La idea de legislar em materia de delito económico. *Revista de Ciências Penales*, XXI.
- Andrade, J. d. (2005). O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal. Em J. F. (Coordenador), *Temas de Direito Penal Econômico* (pp. 9-64). Coimbra: Coimbra Editora.
- Araújo Júnior, J. M. (1995). *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Arias, S. S. (março de 1964). Derecho penal económico o pecuniario. *Estudios de Derecho*, vol. 23, Ano XXV, n. 65.
- Aristóteles. (1999). *Politics*. (T. p. Jowett, Trad.) Kitchener: Botoche Books.
- Avelino, N. (2016). Foucault e a racionalidade (neo)liberal. *Revista Brasileira de Ciência Política*, no 21, 227-284.
- Bajo Fernández, M., & Bacigalupo, S. (2010). *Derecho penal económico* (2ª ed.). Madrid: Ramón Areces.
- Baleeiro, A. (2007). *Direito tributário brasileiro* (11ª - Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Banco Mundial, O. (31 de March de 2019). *GDP per capita (current US\$)*. Fonte: Site do "The World Bank":
<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=US>
- Baratta, A. (2011). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* (6ª ed.). (J. C. Santos, Trad.) Rio de Janeiro: Revan.

- Becker, G. S. (1971 [1957]). *The Economics of Discrimination* (2^a ed.). Chicago: The University Chicago Press.
- Becker, G. S. (February de 1981). Altruism in the Family and Selfishness in the Market Place. *Economica*, 48, n. 189, pp. 1-15.
- Becker, G. S. (1990 [1968]). Crime and Punishment: An Economic Approach. Em G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (pp. 39-85). Chicago: The University Chicago Press.
- Becker, G. S. (1990 [1976]). The Economic Approach to Human Behavior. Em G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (pp. 3-14). Chicago: The University of Chicago Press.
- Becker, G. S. (1990). A Theory of Allocation of Times. Em G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (pp. 89-114). Chicago: Chicago University Press.
- Becker, G. S. (1990). An Economic Analysis of Fertility. Em G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (pp. 171-194). Chicago: Chicago University Press.
- Becker, G. S. (1990). Crime and Punishment: An Economic Approach . Em G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (pp. 39-85). Chicago: The University Chicago Press.
- Becker, G. S. (1992). *Gary S. Becker - Biographical*. Acesso em 19 de 06 de 2019, disponível em NobelPrize.org: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1992/becker/biographical/>
- Becker, G. S. (9 de 2 de 1992). *Gary S. Becker - Prize Lecture: The Economic Way of Looking at Life*. Fonte: NobelPrize.org: <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/becker-lecture.pdf>
- Becker, G. S. (March and April de 1993). Economic Imperialism [Interview]. *Religion & Liberty*, 3, n. 2. Fonte: Acton Institute: <https://acton.org/pub/religion-liberty/volume-3-number-2/economic-imperialism>

- Becker, G. S. (1993). *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Becker, G. S. (1996). A Theory of Social Interactions. Em G. S. Becker, *Accounting for tastes* (pp. 162-194). Cambridge: Harvard University Press.
- Becker, G. S. (Ed.). (1996). *Accounting for tastes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Becker, G. S. (1996a). Preferences and Values. Em G. S. Becker (Ed.), *Accounting for tastes* (pp. 3-23). Cambridge: Harvard University Press.
- Becker, G. S. (1996b). Norms and the Formation of Preferences. Em G. S. Becker (Ed.), *Accounting for tastes* (pp. 225-230). Cambridge: Harvard University Press.
- Becker, G. S. (1 de June de 2002). *Interview with Gary Becker*. Fonte: Federal Reserve Bank of Minneapolis: <https://www.minneapolisfed.org/publications/the-region/interview-with-gary-becker>
- Becker, G. S. (20 de 03 de 2005). *The Failure of the War on Drugs*. Acesso em 13 de 06 de 2019, disponível em The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2005/03/the-failure-of-the-war-on-drugs-becker.html>
- Becker, G. S. (18 de 12 de 2005b). *More on the Economics of Capital Punishment*. Acesso em 13 de 06 de 2019, disponível em The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2005/12/more-on-the-economics-of-capital-punishment-becker.html>
- Becker, G. S. (25 de 12 de 2005c). *Further Comments on Capital Punishment*. Acesso em 13 de 06 de 2019, disponível em The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2005/12/further-comments-on-capital-punishment-becker.html>
- Becker, G. S. (25 de 11 de 2007). *Why so Little Tax Evasion? Becker*. Fonte: The Becker-Posner Blog: <https://www.becker-posner-blog.com/archives/2007/11/>

- [Becker] Herfeld, C. (2012). The potentials and limitations of rational choice theory: an interview with Gary Becker. *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, 5, n. 1, pp. 73-86.
- Becker, G. S., & Murphy, K. M. (1 de August de 1988). A Theory of Rational Addiction. *Journal of Political Economy*, pp. 675-700.
- Becker, G. S., Murphy, K. M., & Grossman, M. (February de 2006). The Market for Illegal Goods: The Case of Drugs. *Journal of Political Economy*, 114, pp. 39-60.
- Becker, G., Ewald, F., & Harcourt, B. (2012). Becker on Ewald on Foucault on Becker. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 614*.
- Berle, A. A., & Means, G. C. (1932). *The Modern Corporation and Private Property*. New york: The Macmillan Company.
- Bitencourt, C. R. (2000). *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva.
- Bitencourt, C. R. (18 de Dezembro de 2014). Cobrança da pena de multa do mensalão é atribuição do Ministério Público. *Conjur*. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-15/cezar-bitencourt-cobranca-multa-ap-470-atribuicao-mp>
- Bitencourt, C. R. (2018). *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* (24 ed.). São Paulo: Saraiva.
- Blades, D., & Roberts, D. (November de 2002). Measuring the non-observed economy. *Statistics Brief - Organisation for Economic Co-operation and Development - OCDE*, 5. Fonte: <https://www.oecd.org/sdd/2389461.pdf>
- Block, M. K., & Heineke, J. M. (1975). A Labor Theoretic Analysis of the Criminal Choice. *The American Economic Review*, 65, n. 3, pp. 314-325.
- Bonger, W. A. (1905). *Criminalite et conditions economiques*. Amsterdam: G. P. Tierie Éditeur.

- Bonger, W. A. (1916). *Criminality and Economic Conditions*. (H. P. Horton, Trad.) London: Willian Heinemann .
- Bottini, P. C., Oliveira, A. C., Papa, D. D., & Ribeiro, T. B. (Set-Out de 2012). A Confusa Exegese do Princípio da Insignificância e sua Aplicação pelo STF: análise estatística de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, pp. 117-148.
- Britannica, T. E. (11 de 05 de 2019). *Lionel Charles Robbins, Baron Robbins - British economist*. Fonte: Encyclopedia Britannica:
<https://www.britannica.com/biography/Lionel-Charles-Robbins-Baron-Robbins-of-Clare-Market>
- Busato, P. (2015). *Direito Penal: Parte Geral* (2ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Butler, J. (2006). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge.
- Caesar Bonesana, M. B. (1819). *An Essay on Crimes and Punishments*. (M. B. Caesar Bonesana, Trad.) Philadelphia: Philip H. Nicklin.
- Capez, F. (2011). *Curso de Direito Penal* (15ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Carvalho, G. J. (6 de Fevereiro de 1997). Unificação ocorreu em maio de 1984. *Folha de São Paulo*. Fonte:
<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/2/06/dinheiro/19.html>
- Carvalho, L. C. (2011). Teoria da Firma: a Produção e a Firma. Em M. A. D. B. Pinho, *Manual de Economia* (6ª ed., pp. 170-203). São Paulo: Saraiva.
- Castelo Branco, V. P. (1982). *A Defesa dos Empresários nos Crimes Econômicos*. São Paulo: Saraiva.
- Chalfin, A., & McCrary, J. (March de 2017). Criminal Deterrence: A Review of the Literature. *Journal of Economic Literature*, 55, n. 1, pp. 05-48.
- Cirino dos Santos, J. (2002). *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Editora Revan.

- Cirino dos Santos, J. (2005). *Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Cirino dos Santos, J. (2008). *Direito Penal: Parte Geral* (3ª ed.). Curitiba: Lumen Juris.
- Clemente, A., & Welters, Â. (jul./dez de 2007). Reflexões sobre o modelo da economia do crime. *Revista de Economia*, n. 2 (ano 31), 33, pp. 139-157.
- Cloward, R. A., & Ohlin, L. E. (1960). *Delinquency and Opportunity*. New York: Free Press.
- Cohen, A. (January de 1990). Review of "The Criminology of Edwin Sutherland" by Mark S. Gaylord and John F. Galliher. *Contemporary Sociology*, 19, n. 1, pp. 98-99.
- Cohen, A. K. (1955). *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*. New York: Free Press.
- Commission of the European Communities – Eurostat; International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development; United Nations; World Bank. (1993). *System of National Accounts 1993*. Brussels/Luxembourg, New York, Paris, Washington.
- Cressey, D. R. (1960). Epidemiology and Individual Conduct: A Case from Criminology. *The Pacific Sociological Review*, 3, pp. 47-58.
- Cressey, D. R. (1960b). The Theory of Differential Association: An Introduction. *Social Problems*, 8, pp. 2-6.
- Cressey, D. R. (1968). Culture Conflict, Differential Association, and Normative Conflict. Em M. E. Wolfgang (Ed.), *Crime and Culture* (pp. 43-54). New York: John Wiley.
- Davidson, C., Martin, L. W., & Wilson, J. D. (2005). *The Optimal Fine for Risk-Neutral Offenders: A New Approach to the Becker Conundrum*. (C. Davidson, D. o. Economics, & M. S. University, Editores) Acesso em 14 de 06 de 2019, disponível em

https://www.researchgate.net/publication/228785065_The_Optimal_Fine_for_Risk-Neutral_Offenders_A_New_Approach_to_the_Becker_Conundrum

Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública. (8 de dezembro de 2017). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016*. Fonte: Ministério da Justiça — Ministério da Justiça e Segurança Pública: https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016

Dotti, R. A. (1998). *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Ehrlich, I. (1973). Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. *Journal of Political Economy*, 81, n. 3, pp. 521-565.

Eide, E., Rubin, P. H., & Shepherd, J. M. (2006). Economics of Crime. *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2, n. 3, pp. 205-279.

Engels, F. (1982). Carta a Joseph Bloch (em Königsberg). Em J. BARATA-MOURA, E. CHITAS, F. MELO, & Á. PINA, *Obras escolhidas em três tomos* (J. BARATA-MOURA, Trad., Vol. 3, pp. 547-549). Lisboa: Edições Progresso Lisboa - Moscovo.

ETCO, I. B. (03 de Dezembro de 2018). *Economia subterrânea sobe pelo quarto ano seguido e atinge R\$ 1,173 trilhão em 2018, segundo ETCO e FGV/Ibre - ETCO*. Fonte: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial - ETCO: <https://www.etco.org.br/destaque/economia-subterranea-sobe-pelo-quarto-ano-seguido-e-atinge-r-1173-trilhao-em-2018-segundo-etco-e-fgv-ibre/>

ETCO, I. B. (15 de Julho de 2019). *Economia Subterrânea*. Fonte: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial - ETCO: <https://www.etco.org.br/economia-subterranea/>

Federal Judicial Center. (04 de March de 2019a). *Federal Rules of Civil Procedure Merge Equity and Common Law*. Fonte: <https://www.fjc.gov/history/timeline/federal-rules-civil-procedure-merge-equity-and-common-law>

- Federal Judicial Center. (04 de March de 2019b). *Jurisdiction: Equity*. Fonte: <https://www.fjc.gov/history/courts/jurisdiction-equity>
- Feige, E. L. (July de 1990). Defining and Estimating Underground and Informal Economies: The New Institutional Economics Approach. *World Development*, 18, n. 7, pp. 989-1002.
- Ferreira, G. (1997). *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense.
- Ferri, E. (1883). *Socialismo e Criminalità*. Torino: Tip. e Lit. Camissa e Bertoloro.
- Ferri, E. (1900). *Sociologia Criminale* (Quarta Edizione ed.). Torino: Fratelli Bocca Editori.
- Figueiredo Dias, J. d., & Andrade, M. d. (2000). Problemática geral das infrações contra a Economia Nacional. Em R. P. (Organizador), *Temas de Direito Penal Econômico* (pp. 64-98). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Flesher, D. L., & Flesher, T. K. (July de 1986). Ivar Kreuger's Contribution to U.S. Financial Reporting. *The Accounting Review*, Vol. 61, n. 3, pp. 421-434.
- Fleury, J.-B. (2012). Wandering through the Borderlands of the Social Sciences: Gary Becker's Economics of Discrimination. *History of Political Economy*, 44, n. 1, pp. 1-40.
- Foucault, M. (2008a). Aula de 21 de março de 1979. Em M. Foucault, *Nascimento da Biopolítica* (E. Brandão, Trad., pp. 329-363). São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, M. (2008b). Aula de 28 de Março de 1979. Em M. Foucault, *Nascimento da Biopolítica* (E. Brandão, Trad., pp. 365-395). São Paulo: Martins Fontes.
- Fragoso, H. C. (out./dez., n. 300 de 1987). Os crimes contra o patrimônio. *Revista Forense*.
- Frederico Marques, J. (1966). Prefácio. Em B. M. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Friedman, D. (1995). Rational Criminals and Profit-Maximizing Police: the Economic Analysis of Law and Law Enforcement. Em M. Tommasi, & K. Ierulli, *The New Economics of Human Behavior* (pp. 43-58). Cambridge: Cambridge University Press.
- Friedman, D. D. (2000). *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. Princeton: Princeton University Press.
- Frontini, P. S. (1972). Crime econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 5, Ano XI.
- Garofalo, R. (1890). *La Criminologie* (2ª ed.). Paris: Ancienne Librairie Germer Baillière et Cie.
- Garoupa, N. (1997). The Theory of Optimal Law Enforcement. *Journal of Economic Surveys*, 11, pp. 267-295.
- Geis, G., & Goff, C. (1983). Introduction. Em E. H. Sutherland, *White Collar Crime: The Uncut Version* (pp. ix-xxxiii). New Haven: Yale University Press.
- Goldfarb, R. S., & Griffith, W. B. (1991). Amending the Economist's "Rational Egoist" Model to Include Moral Values and Norms - Part 2: Alternative Solutions. Em K. J. Koford, & J. B. Miller (Eds.), *Social Norms and Economic Institutions* (pp. 59-84). Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Goldsmith, R. W., Parmelee, R. C., Friend, I., Gorham, J., & Granb, H. (1940). *The Distribution of 200 Largest Nonfinancial Corporations*. Washington D.C.: Government Print Office.
- Gomes, L. F. (2012). *Princípio da insignificância. Crimes tributários. Limite válido para todos os tributos (federal, estadual ou municipal) (?)*. Fonte: Jusbrasil: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930379/principio-da-insignificancia-crimes-tributarios-limite-valido-para-todos-os-tributos-federal-estadual-ou-municipal>

- Gracia Martín, L. (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización e expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Grau, E. R. (2017). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (18ª ed. atual. ed.). São Paulo: Malheiros.
- Greenberg, D. F. (1993). Introduction [to Readings in Marxist Criminology]. Em D. F. Greenberg, *Readings in Marxist Criminology* (Expanded and Updated Edition ed., pp. 1-35). Philadelphia: Temple University Press.
- Gueiros Souza, A. d. (2011). Da criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e novo Direito Penal. Em A. d. Gueiros Souza, *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas* (pp. 105-145). Brasília: Ideal.
- Gullo, R. S. (2005). *Direito Penal Econômico* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Harford, T. (14 de May de 2014). *Gary Becker – the man who put a price on everything*. Fonte: Financial Times: <https://www.ft.com/content/9f6385c0-da33-11e3-920f-00144feabdc0>
- Harford, T. (04 de 05 de 2014b). *Gary Becker, US economist, 1930-2014*. Fonte: Financial Times: <https://www.ft.com/content/bba18500-d3d7-11e3-b0be-00144feabdc0>
- Harms, W. (04 de 05 de 2014). *Gary S. Becker, Nobel-winning scholar of economics and sociology, 1930-2014*. Fonte: University of Chicago News: <https://news.uchicago.edu/story/gary-s-becker-nobel-winning-scholar-economics-and-sociology-1930-2014>
- Harper, F. V., & James, F. J. (1956). *The Law of Torts*. Boston: Little, Brown & Co.
- Harris, N. (2014). *Business Economics: Theory and Application*. Abingdon (UK): Routledge.

- Hebberecht, P. (2012). A Importância da Obra “Criminalité et Conditions Économiques” (1905) de Willem Bongers (1876-1940) para uma Análise Histórico-estrutural do Crime. Em C. d. Agra, *A Criminologia: um Arquipélago Interdisciplinar* (R. Faria, Trad., pp. 281-296). Porto: U. Porto.
- Hebberecht, P. (2015). The unrecognized European pioneer of the study of white-collar crime. Em J. v. Erp, W. Huisman, & G. V. (orgs.), *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe* (pp. 125-132). New York: Routledge.
- Heckman, J. J. (2015). Gary Becker: Model Economic Scientist. *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 105, n. 5, pp. 74–79.
- Hershey Jr., R. D. (08 de 05 de 2014). *Gary Becker, 83, Nobel Laureate, Dies; Applied Economics to Everyday Life - The New York Times*. Fonte: The New York Times: <https://www.nytimes.com/2014/05/05/business/economy/gary-s-becker-83-nobel-winner-who-applied-economics-to-everyday-life-dies.html>
- Hungria, N. (2014). Novos Rumos do Direito Penal. Em N. Hungria, & R. A. Dotti, *Comentários ao Código Penal: dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984* (6ª ed., pp. 621-639). Rio de Janeiro: LM.
- Hylton, K. (2017). Whom Should We Punish, and How? Rational Incentives and Criminal Justice Reform. *Boston University School of Law, Law and Economics Paper*, 17-18, pp. 1-38.
- Hylton, K. N. (2017). Economics of Criminal Procedure. Em F. Parisi (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics* (Vol. Vol. III: Public Law & Legal Institutions, pp. 325-343). Oxford: Oxford university Press.
- IPEA, I. d. (2 de Junho de 2019). *Salário mínimo nominal vigente*. Fonte: Ipeadata: <http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?stub=1&serid1739471028=1739471028>

- Jackson, E. F., Tittle, C. R., & Burke, M. J. (April de 1986). Offense-Specific Models of the Differential Association Process. *Social Problems*, pp. 335-356.
- Jeffery, C. R. (May-June de 1959). The historical development of criminology. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 50, n. 1, pp. 3-19.
- Jescheck, H. H. (1963). El Derecho Penal Económico Alemán. *Cuadernos de los Institutos n° 73 (n° 13 del Instituto de Derecho Penal)*. Córdoba.
- Kirat, T. (1998). Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances? *Revue économique*, 49, n. 4, pp. 1057-1087.
- Kisner, I. M. (1976). *The Economia point of view: an essay the history of economic thought*. Kansas City: Sheed Andrews McMeel.
- Kroneberg, C., Heintze, I., & Mehlkop, G. (2010). The Interplay of Moral Norms and Instrumental Incentives in Crime Causation. *Criminology*, 48, n. 1, pp. 259-294.
- Kuehne, M. (2002). *Teoria e Prática da Aplicação da Pena*. Curitiba: Juruá.
- Lagasnerie, G. (2012). *La dernière leçon de Michel Foucault: Sur le néolibéralisme, la théorie et la politique*. Paris: Fayard.
- LANDES, W. (Jul. - Aug de 1968). The Economics of Fair Employment Laws. *Journal of Political Economy*, 76, No. 4, Part 1, pp. 507-552.
- Landes, W. (2002). Becker, Gary Stanley (1930-). . Em P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictioanary of Economics and the Law* (Vols. 1: A-D, pp. 153-156). New York: Palgrave Macmillian.
- Landes, W. M. (1983). Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *University of Chicago Law Review*, 50, n. 2, pp. 652-678.
- Landes, W. M. (1983). Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, n. 2, pp. 652-678.

- Laub, J. H., & Sampson, a. R. (1991). The Sutherland-Glueck debate: On the sociology of criminological knowledge. *American Journal of Sociology* 96, no. 6, 1402-1440.
- Maciel, F. R. (2011). *O Mercado Ilegal de Cigarros*. Curitiba. Acesso em 07 de Março de 2019, disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49038>
- Maciel, F. R. (2014). *O aspecto econômico de todo Direito Penal. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito*. Curitiba: Defesa. Acesso em 06 de Março de 2019, disponível em <http://hdl.handle.net/1884/36143>
- Mankiw, N. G. (2006). *Introdução à Economia* (Reimpressão da 1ª Edição. ed.). (A. V.-T. Norte-Americana, Trad.) São Paulo: Thomson Learnig Edições.
- Mannheim, H. (1985). *Criminologia Comparada*:. (J. d. Costa, & M. d. Andrade, Trads.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Marx, K. (1978). Para a crítica da economia política. Em J. A. GIANNOTTI, *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos* (E. MALAGODI, Trad., 2ª ed., pp. 107-239). São Paulo: Abril Cultural.
- Matsueda, R. L. (July de 1988). The Current State of Differential Association Theory. *Crime & Delinquency*, pp. 277-306.
- Merriam-Webster Dictionary. (04 de March de 2019). *Mesdemeanor*. Fonte: Dictionary by Merriam-Webster: America's most-trusted online dictionary: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/misdemeanor>
- Merton, R. K. (1968 [1949]). *Social Theory and Social Structure* (Enlarged Edition ed.). New York: The Free Press.
- Messerschmidt, J. W. (October de 1988). From Marx to Bonger: Socialist Writings on Women, Gender, and Crime. *Sociological Inquiry*, pp. 378--392.
- Mills, C. W. (1969). *White Collar: The American Middle Classes*. Nova Iorque: Oxford University Press.

- Miranda Gallino, R. (1970). *Delitos contra el Orden Económico*. Buenos Aires : Editora Pannedille.
- Moss, L. S. (1976). Introductions to Second Edition [Kizner, The Economic Point of View]. Em I. M. Kizner, *The Economic Point of View: An Essay in the History of Economic Thought* (pp. ix-xii). Kansas City: Sheed Andrews Mc. Meel.
- Mueller, J. D. (2010). *Redeeming economics: rediscovering the missing element*. Wilmington: ISI Books.
- Murphy, K. M. (2015). Gary Becker as Teacher. *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 105, n. 5, pp. 71-13.
- Niceforo, A. (1955). *Criminologia* (Con adiciones especiales para la edición española ed., Vols. 5 - Ambiente y Delincuencia). (C. B. Quiros, Trad.) Puebla (Mex.): Editorial Jose M. Cajica Jr., S.A.
- Nobel Media AB 2019. (19 de 16 de 2019). *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1992*. Fonte: NobelPrize.org: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1992/becker/facts/>
- Norcross, F. H. (1916). Introduction to this Volume [Criminality and Economic Conditions, by Willem A. Bongers] Horton, Henry P. London. Em W. A. Bongers, *Criminality and Economic Conditions* (pp. xix-xxii). London: Willian Heinemann.
- Odilla, F., & Alegretti, L. (26 de Maio de 2019). *PIB 2019: Por que o tráfico de drogas entra no cálculo do indicador europeu e como essa conta poderia inflar o indicador brasileiro*. Fonte: BBC News Brasil: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48340243>
- Oswald, V. (08 de Junho de 2014). Contra a crise, sexo, drogas e outros ilícitos no PIB . *O Globo*, p. 35.
- Panther, S. M. (01 de December de 1995). The Economics of Crime and Criminal Law: An Antithesis to Sociological Theories? *European Journal of Law and Economics*, 2, n. 4, pp. 365-378.

- Pareto, V. (1996). *Manual de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultural Ltda.
- Pereira dos Santos, G. (1981). *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva.
- Pimentel, M. P. (1973). *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Pimentel, M. P. (1983). *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Pinho, D. B. (2011). Aspectos da Evolução da Ciência Econômica – Do Início do Século XXI às Raízes do Penamento Econômico. Em D. B. Pinho, M. A. Vasconcellos, & R. T. Jr., *Manual de Economia* (6ª ed., pp. 26-64). São Paulo: Saraiva.
- Polinsky, A. M., & Shavell, S. (2000). The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, 38, n. 1, pp. 45-76.
- Polinsky, A. M., & Shavell, S. (Março de 2000). The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature*, pp. 45-76.
- Pollak, R. A. (2003). Gary Becker's Contributions to Family and Household Economics. *Review of Economics of the Household*, 1, p. 111±141.
- Posner, R. A. (1980). Optimal Sentences for White-Collar Criminals. *American Criminal Law Review*, 17, pp. 409-418.
- Posner, R. A. (1 de May de 1997). Social Norms and the Law: An Economic Approach. *The American Economic Review*, pp. 365-369.
- Regis Prado, L. (2004). *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Regis Prado, L. (2019). *Direito Penal Econômico* (8 ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Ripley, W. Z. (1912). *Railroads: Rates and Regulations*. New York.
- Rizzieri, J. A. (2011). Indotrução à Economia. Em D. B. Pinho, M. A. Vasconcellos, & R. T. Jr., *Manual de Economia* (6ª ed., pp. 3-25). São Paulo: Saraiva.

- Robbins, L. (1945). *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (2^a ed.). London: Macmillan and Co., Limited St. Martin's Street.
- Robbins, L. (2012). *Um ensaio sobre a natureza e a importância da Ciência Econômica*. (R. Galindo, Trad.) São Paulo: Saraiva.
- Rocha Júnior, F. d., & Mocelin, C. A. (2012). Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos de 2010 e 2011. Em J. Zilio, & F. Bozza, *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário* (pp. 1057-1068). Curitiba: LedZe Editora.
- Rodrigues, S. G. (2011). O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal, pp. . Em A. d. Gueiros Souza, *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas* (pp. 345-366). Brasília: Ideal.
- Ruggiero, V. (2008). *Crimes e Mercados: Ensaios em anti-criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Salomão Filho, S. C. (2002). *Direito Concorrencial: as estruturas* (3^a ed.). São Paulo: Malheiros.
- Santos, B. d. (Junho de 1990). O Estado e o Direito na Transição Pós-moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. *Revista de Ciências Sociais*, 30, pp. 13-43.
- Saraiva Filho, O. O. (04 de Julho de 2000). Pedido de Audiência à Advocacia-Geral da União para que Seja Dirimida a Controvérsia entre Órgãos Jurídicos da Administração Federal no que Respeita à Competência para Execução de Pena de Multa Imposta em Decorrência de Processo Criminal. *Parecer n. AGU/GM-9/2000, Processo n. 08003.000.313/99-62 - Ministério da Justiça*. Fonte: <https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8402>
- Schmidt, P., & Witte, A. D. (1984). *An Economic Analysis of Crime and Justice: Theory, Methods, and Applications*. Orlando: Academic Press, Inc.

- Scoon, R. (Aug. de 1943). Professor Robbins' Definition of Economics. *Journal of Political Economy*, 51, n. 4, pp. 310-321.
- Shavell, S. (April de 1993). The Optimal Structure of Law Enforcement. *Journal of Law & Economics*, pp. 255-287.
- Shaw, C. R., & McKay, H. D. (1969 [1942]). *Juvenile Delinquency and Urban Areas*. Chicago: Chicago University Press.
- Sjoquist, D. L. (1973). Property Crime and Economic Behavior: Some Empirical Results. *The American Economic Review*, 63, n. 3, pp. 439-446.
- Staveren, I. v. (2007). The Irrationality of utility Maximization or the Death of a Salesman. Em S. Ioannides, & K. Nielsen (Eds.), *Economics and the Social Sciences: Boundaries, Interaction and Integration* (pp. 141-161). Cheltenham: Edward Elgar.
- Stigler, G. J. (1970). The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy*, 78, n. 3, pp. 526-536.
- Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, n. 1, pp. 3-21.
- Sutherland, E. H. (1941). Crime and Business. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 217, 112-118.
- Sutherland, E. H. (1947). *Principles of Criminology*. Philadelphia: J. B. Lippincott Company.
- Sutherland, E. H. (1973). Critique of Theory. Em K. Shuessler (Ed.), *Edwin H. Sutherland on Analysing Crime* (pp. pp. 30-41). Chicago: University of Chicago Press.
- Sutherland, E. H. (1973b). Deveplopmet of the of Theory. Em K. Shuessler (Ed.), *Edwin H. Sutherland on Analysing Crime* (pp. 13-29). Chicago: University of Chicago Press.

- Sutherland, E. H. (1983). *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Haven: Yale University Press.
- Talapina, E. (2011). *Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe*. Saint-Denis (La Réunion, France): Thèse de Droit Public. École Doctorale. Université de la Réunion.
- Taylor, I., Walton, P., & Young, J. (2013). *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance* (40th anniversary edition ed.). New York: Routledge.
- Thomas, D. S., & Ogburn, W. F. (Setembro de 1922). The Influence of the Business Cycle on Certain Social Conditions. *Journal of the American Statistical Association*, pp. pp. 324-340.
- Tiedemann, K. (1983). El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico. *Revista chilena de Derecho*, 10, pp. 59-68.
- Tiedemann, K. (1995). Apresentação Crítica: Crimes contra a Ordem Econômica. Em J. M. Araújo Júnior, *Dos crimes contra a ordem econômica* (pp. 17-25). São Paulo: Rvista dos Tribunais.
- United Nations Office on Drugs and Crime. (June de 2018). *World Drug Report 2018*.
Fonte: United Nations Office on Drugs and Crime Web Site:
<https://www.unodc.org/wdr2018/>
- United States Congress. (2 de July de 1890). *Transcript of Sherman Anti-Trust Act (1890)*. Fonte: Our Documents:
<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51&page=transcript>
- United States Department of Labor, B. o. (31 de March de 2019). *CPI Inflation Calculator*. Fonte: Bureau of Labor Statistics of United States Department of Labor: site <https://data.bls.gov/cgi-bin/cpicalc.pl>
- Wils, W. P. (2002). *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics*. The Hague: Kluwer Law International.

- Wils, W. P. (June de 2006). Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition: Law & Economics Review*, Vol. 29, No. 2, pp. 1-32. Fonte: <https://ssrn.com/abstract=883102>
- Wood, D. J. (1985). The Strategic Use of Public Policy: Business Support for the 1906 Food and Drug Act. *The Business History Review*, 59, n. 3, pp. 403-432.
- Young, J. (1987). The tasks facing a realist criminology. *Contemporary crisis*, n. 11, pp. 337-356.
- Young, J., & Lea, J. (1984). *What is to be Done About Law and Order?* London: Penguin.

LEGISLAÇÃO CITADA

Estado do Paraná (1964). Lei Estadual n. 4.955. Cria o "Fundo Penitenciário" do Estado do Paraná. Fonte:

<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=11450&indice=1&totalRegistros=1&dt=12.7.2019.1.12.25.98>.

República Federativa do Brasil (1940). Decreto-Lei 2.848. Código Penal Brasileiro.

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

República Federativa do Brasil (1951). Lei n. 1.521. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm.

República Federativa do Brasil (1971). Lei n. 5.726. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm.

República Federativa do Brasil (1976). Lei n. 6.385. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm.

República Federativa do Brasil (1984). Decreto n. 89.589. Fixa novo salário-mínimo para todo o território nacional. Fonte:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89589-26-abril-1984-440055-publicacaooriginal-1-pe.html>.

República Federativa do Brasil (1986). Lei n. 7.492. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm.

República Federativa do Brasil (1990). Lei n. 8.078. Código de Defesa do Consumidor.

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

República Federativa do Brasil (1990). Lei n. 8.137. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm.

República Federativa do Brasil (1993). Lei n. 8.666. Lei de Licitações. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

República Federativa do Brasil (1994). Lei Complementar n. 79. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm.

República Federativa do Brasil (1996). Lei n. 9.268. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9268.htm.

República Federativa do Brasil (1998). Lei n. 9.605. Lei dos crimes e infrações administrativas contra o meio ambiente. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm.

República Federativa do Brasil (1998). Lei n. 9.613. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm.

República Federativa do Brasil (1998). Lei n. 9.714. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm.

República Federativa do Brasil (2000). Lei Complementar n. 103. Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp103.htm.

República Federativa do Brasil (2003). Lei n. 10.864. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm.

República Federativa do Brasil (2003). Lei n. 11.343. Lei de Drogas.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

República Federativa do Brasil (2005). Lei n. 11.101. Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)

[2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm).

República Federativa do Brasil (2012). Lei n. 12.737. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm.

República Federativa do Brasil (2013). Lei n. 12.850. Lei de Organização Criminosa.

Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)
[2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm).

República Federativa do Brasil (2019). Regulamenta a Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre o valor do salário mínimo e a sua política de valorização de longo prazo. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9661.htm)
[2022/2019/Decreto/D9661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9661.htm).

JURISPRUDÊNCIA CITADA¹⁴⁶

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 815.155/SP, Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 01/02/2016.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp n. 1.012.044/BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10/2/2017.

Superior Tribunal de Justiça, AREsp 1.027.646/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 06/04/2017.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.707.982/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/04/2018.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.760.446/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe: 03/12/2018.

Superior Tribunal de Justiça, AREsp 908.257/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 12/09/2016.

Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.580.638/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe: 31/08/2017.

Superior Tribunal de Justiça, HC 442.519/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe: 26/09/2018.

Superior Tribunal de Justiça, Súmula n. 171, Terceira Seção, DJ 31/10/1996 p. 42124.

Superior Tribunal de Justiça, HC 416.530/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/12/2017.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 415.618/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/06/2018.

¹⁴⁶ Toda a jurisprudência citada foi consultada no site do Superior Tribunal de Justiça, precisamente neste link: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Observo que não há link's específicos disponibilizados pelo Superior Tribunal de Justiça que direcionem a cada precedente exato.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 1.750.730/RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/08/2018.

Superior Tribunal de Justiça, HC 470.920/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/10/2018.

Superior Tribunal de Justiça, HC 482.389/SC, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 13/02/2019.

Superior Tribunal de Justiça, HC 455.706/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 09/04/2019.

Superior Tribunal de Justiça, HC 501.072/SC, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2019.

Superior Tribunal de Justiça, RHC 92.245/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 15/10/2018.

Superior Tribunal de Justiça, HC 366.442/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/04/2017.

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RHC 32.328/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/03/2017.

Superior Tribunal de Justiça, RHC 76.139/BA, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/11/2016.

Superior Tribunal de Justiça, HC 264.368/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 25/02/2015.

Superior Tribunal de Justiça, HC 292.911/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 09/09/2014.

ANEXO I

N.	CLASSE DE CRIME	LEI	N.	Artigo	Pena	Pena	Tempo de prisão (em anos)		Multa Alternativa	Multa Cumulativa	
							Mínimo	Máximo			
1	aduaneiro	1	CÓDIGO PENAL	1	334, caput e § 1º	Rec. 1 a 4 anos	1 a 4	1	4	NÃO	NÃO
2	aduaneiro	2	CÓDIGO PENAL	2	334-A, caput e § 1º	Rec. 2 a 5 anos	2 a 5	2	5	NÃO	NÃO
3	ambientais	1	LEI Nº 9.605/1998	1	29 e § 1º	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
4	ambientais	2	LEI Nº 9.605/1998	2	30	Rec. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
5	ambientais	3	LEI Nº 9.605/1998	3	31	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
6	ambientais	4	LEI Nº 9.605/1998	4	32 e § 1º	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
7	ambientais	5	LEI Nº 9.605/1998	5	33 e parágrafo único	Det. 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente	1 a 3	1	3	SIM	SIM
8	ambientais	6	LEI Nº 9.605/1998	6	34 e parágrafo único	Det. 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente	1 a 3	1	3	SIM	SIM
9	ambientais	7	LEI Nº 9.605/1998	7	35	Rec. 1 a 5 anos	1 a 5	1	5	NÃO	NÃO
10	ambientais	8	LEI Nº 9.605/1998	8	38	Det. 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente	1 a 3	1	3	SIM	SIM
11	ambientais	9	LEI Nº 9.605/1998	9	38-A	Det. 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente	1 a 3	1	3	SIM	SIM
12	ambientais	10	LEI Nº 9.605/1998	10	39	Det. 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente	1 a 3	1	3	SIM	SIM
13	ambientais	11	LEI Nº 9.605/1998	11	40	Rec. 1 a 5 anos	1 a 5	1	5	NÃO	NÃO
14	ambientais	12	LEI Nº 9.605/1998	12	41	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
15	ambientais	13	LEI Nº 9.605/1998	13	41, § único	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
16	ambientais	14	LEI Nº 9.605/1998	14	42	Det. 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente	1 a 3	1	3	SIM	SIM
17	ambientais	15	LEI Nº 9.605/1998	15	44	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
18	ambientais	16	LEI Nº 9.605/1998	16	45	Rec. 1 a 2 anos, e multa	1 a 2	1	2	NÃO	SIM
19	ambientais	17	LEI Nº 9.605/1998	17	46 e parágrafo único	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
20	ambientais	18	LEI Nº 9.605/1998	18	48	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
21	ambientais	19	LEI Nº 9.605/1998	19	49	Det. 3 meses a 1 ano, ou multa, ou ambas cumulativamente	0,25 a 1	0,25	1	SIM	SIM
22	ambientais	20	LEI Nº 9.605/1998	20	49, parágrafo único	Det. de 1 a 6 meses, ou multa	1 a 0,5	1	0,5	SIM	NÃO
23	ambientais	21	LEI Nº 9.605/1998	21	50	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
24	ambientais	22	LEI Nº 9.605/1998	22	50-A	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
25	ambientais	23	LEI Nº 9.605/1998	23	51	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
26	ambientais	24	LEI Nº 9.605/1998	24	52	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
27	ambientais	25	LEI Nº 9.605/1998	25	54	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
28	ambientais	26	LEI Nº 9.605/1998	26	54, § 1º	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
29	ambientais	27	LEI Nº 9.605/1998	27	54, §§ 2º e 3º	Rec. 1 a 5 anos	1 a 5	1	5	NÃO	NÃO
30	ambientais	28	LEI Nº 9.605/1998	28	55 e parágrafo único	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
31	ambientais	29	LEI Nº 9.605/1998	29	56, caput e § 1º	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
32	ambientais	30	LEI Nº 9.605/1998	30	56, §3º	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
33	ambientais	31	LEI Nº 9.605/1998	31	60	Det. 1 a 6 meses, ou multa, ou ambas cumulativamente	1 a 0,5	1	0,5	SIM	SIM
34	ambientais	32	LEI Nº 9.605/1998	32	61	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
35	ambientais	33	LEI Nº 9.605/1998	33	62	Rec. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
36	ambientais	34	LEI Nº 9.605/1998	34	62, parágrafo único	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
37	ambientais	35	LEI Nº 9.605/1998	35	63	Rec. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
38	ambientais	36	LEI Nº 9.605/1998	36	64	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
39	ambientais	37	LEI Nº 9.605/1998	37	65	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
40	ambientais	38	LEI Nº 9.605/1998	38	65, § 1º	Det. 6 meses a 1 ano, e multa	0,5 a 1	0,5	1	NÃO	SIM
41	ambientais	39	LEI Nº 9.605/1998	39	66	Rec. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
42	ambientais	40	LEI Nº 9.605/1998	40	67	Det. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
43	ambientais	41	LEI Nº 9.605/1998	41	67, § único	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
44	ambientais	42	LEI Nº 9.605/1998	42	68	Det. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
45	ambientais	43	LEI Nº 9.605/1998	43	68, § único	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
46	ambientais	44	LEI Nº 9.605/1998	44	69	Det. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
47	ambientais	45	LEI Nº 9.605/1998	45	69-A	Rec. 3 a 6 anos, e multa	3 a 6	3	6	NÃO	SIM
48	ambientais	46	LEI Nº 9.605/1998	46	69-A, §1º	Det. 1 a 3 anos	1 a 3	1	3	NÃO	NÃO
49	concorrência desleal	1	LEI N. 9.279/1996	1	195.	Det. 3 meses a 1 ano, ou multa	0,25 a 1	0,25	1	SIM	NÃO
50	econ. popular	1	LEI N. 1.521/1951	1	2º	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
51	econ. popular	2	LEI N. 1.521/1951	2	3º	Det. 2 a 10 anos, e multa	2 a 10	2	10	NÃO	SIM
52	econ. popular	3	LEI N. 1.521/1951	3	4º e § 1º	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
53	falimentares	1	LEI N. 11.101/2005	1	168	Rec. 3 a 6 anos, e multa	3 a 6	3	6	NÃO	SIM
54	falimentares	2	LEI N. 11.101/2005	2	169	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
55	falimentares	3	LEI N. 11.101/2005	3	170	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM

ANEXO I

N.	CLASSE DE CRIME	LEI	N.	Artigo	Pena	Pena	Tempo de prisão (em anos)		Multa Alternativa	Multa Cumulativa	
							Mínimo	Máximo			
56	falimentares	4	LEI N. 11.101/2005	4	171	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
57	falimentares	5	LEI N. 11.101/2005	5	172 e parágrafo único	Rec. 2 a 5 anos, e multa	2 a 5	2	5	NÃO	SIM
58	falimentares	6	LEI N. 11.101/2005	6	173	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
59	falimentares	7	LEI N. 11.101/2005	7	174	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
60	falimentares	8	LEI N. 11.101/2005	8	175	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
61	falimentares	9	LEI N. 11.101/2005	9	176	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
62	falimentares	10	LEI N. 11.101/2005	10	177	Rec. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
63	falimentares	11	LEI N. 11.101/2005	11	178	Det. 1 a 2 anos, e multa	1 a 2	1	2	NÃO	SIM
64	finanças públicas	1	CÓDIGO PENAL	1	359-A, caput e parágrafo único	Rec. 1 a 2 anos	1 a 2	1	2	NÃO	NÃO
65	finanças públicas	2	CÓDIGO PENAL	2	359-B	Det. 6 meses a 2 anos	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	NÃO
66	finanças públicas	3	CÓDIGO PENAL	3	359-C	Rec. 1 a 4 anos	1 a 4	1	4	NÃO	NÃO
67	finanças públicas	4	CÓDIGO PENAL	4	359-D	Rec. 1 a 4 anos	1 a 4	1	4	NÃO	NÃO
68	finanças públicas	5	CÓDIGO PENAL	5	359-E	Det. 3 meses a 1 ano	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	NÃO
69	finanças públicas	6	CÓDIGO PENAL	6	359-F	Det. 6 meses a 2 anos	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	NÃO
70	finanças públicas	7	CÓDIGO PENAL	7	359-G	Rec. 1 a 4 anos	1 a 4	1	4	NÃO	NÃO
71	finanças públicas	8	CÓDIGO PENAL	8	359-H	Rec. 1 a 4 anos	1 a 4	1	4	NÃO	NÃO
72	financeiros	1	LEI N. 7.492/1986	1	2º e parágrafo único	Rec. 2 a 8 anos, e multa	2 a 8	2	8	NÃO	SIM
73	financeiros	2	LEI N. 7.492/1986	2	3º	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
74	financeiros	3	LEI N. 7.492/1986	3	4º	Rec. 3 a 12 anos, e multa	3 a 12	3	12	NÃO	SIM
75	financeiros	4	LEI N. 7.492/1986	4	4º, parágrafo único	Rec. 2 a 8 anos, e multa	2 a 8	2	8	NÃO	SIM
76	financeiros	5	LEI N. 7.492/1986	5	5º e parágrafo único	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
77	financeiros	6	LEI N. 7.492/1986	6	6º	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
78	financeiros	7	LEI N. 7.492/1986	7	7º	Rec. 2 a 8 anos, e multa	2 a 8	2	8	NÃO	SIM
79	financeiros	8	LEI N. 7.492/1986	8	8º	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
80	financeiros	9	LEI N. 7.492/1986	9	9º	Rec. 1 a 5 anos, e multa	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
81	financeiros	10	LEI N. 7.492/1986	10	10.	Rec. 1 a 5 anos, e multa	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
82	financeiros	11	LEI N. 7.492/1986	11	11.	Rec. 1 a 5 anos, e multa	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
83	financeiros	12	LEI N. 7.492/1986	12	12.	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
84	financeiros	13	LEI N. 7.492/1986	13	13 e parágrafo único	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
85	financeiros	14	LEI N. 7.492/1986	14	14 e parágrafo único	Rec. 2 a 8 anos, e multa	2 a 8	2	8	NÃO	SIM
86	financeiros	15	LEI N. 7.492/1986	15	15.	Rec. 2 a 8 anos, e multa	2 a 8	2	8	NÃO	SIM
87	financeiros	16	LEI N. 7.492/1986	16	16.	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
88	financeiros	17	LEI N. 7.492/1986	17	17 e parágrafo único	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
89	financeiros	18	LEI N. 7.492/1986	18	18.	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
90	financeiros	19	LEI N. 7.492/1986	19	19	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
91	financeiros	20	LEI N. 7.492/1986	20	20	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
92	financeiros	21	LEI N. 7.492/1986	21	21 e parágrafo único	Det. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
93	financeiros	22	LEI N. 7.492/1986	22	22. e parágrafo único	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
94	financeiros	23	LEI N. 7.492/1986	23	23.	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
95	lavagem	1	LEI N. 9.613/1998	1	1º, §§ 1º e 2º	Rec. 3 a 10 anos, e multa	3 a 10	3	10	NÃO	SIM
96	licitatórios	1	LEI N. 8.666/1993	1	89 e parágrafo único	Det. 3 a 5 anos, e multa	3 a 5	3	5	NÃO	SIM
97	licitatórios	2	LEI N. 8.666/1993	2	90	Det. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
98	licitatórios	3	LEI N. 8.666/1993	3	91	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
99	licitatórios	4	LEI N. 8.666/1993	4	92	Det. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
100	licitatórios	5	LEI N. 8.666/1993	5	93	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
101	licitatórios	6	LEI N. 8.666/1993	6	94	Det. 2 a 3 anos, e multa	2 a 3	2	3	NÃO	SIM
102	licitatórios	7	LEI N. 8.666/1993	7	95 e parágrafo único	Det. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
103	licitatórios	8	LEI N. 8.666/1993	8	96	Det. 3 a 6 anos, e multa	3 a 6	3	6	NÃO	SIM
104	licitatórios	9	LEI N. 8.666/1993	9	97 e parágrafo único	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
105	licitatórios	10	LEI N. 8.666/1993	10	98	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
106	merc. capitais	1	LEI N. 6.385/1976	1	27-C	Rec. 1 a 8 anos, e multa	1 a 8	1	8	NÃO	SIM
107	merc. capitais	2	LEI N. 6.385/1976	2	27-D e § 1º	Rec. 1 a 5 anos, e multa	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
108	merc. capitais	3	LEI N. 6.385/1976	3	27-E	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
109	ordem econômica	1	LEI N. 8.176/1991	1	1º	Det. 1 a 5 anos	1 a 5	1	5	NÃO	NÃO
110	ordem econômica	2	LEI N. 8.176/1991	2	2 e § 1º	Det. 1 a 5 anos, e multa	1 a 5	1	5	NÃO	SIM

ANEXO I

CLASSE DE					Tempo de prisão						
N.			LEI	N.	Artigo	Pena	Pena	(em anos)		Multa	Multa Cumulativa
CRIME								Mínimo	Máximo	Alternativa	
111	ordem econômica	3	LEI N. 8.137/1990	5	4º, I e II (c/c 9, I)	Rec. 2 a 5, ou multa, ou ambas cumulativamente	2 a 5	2	5	SIM	SIM
112	ordem tributária	1	LEI N. 8.137/1990	1	1º	Rec. 2 a 5 anos, e multa	2 a 5	2	5	NÃO	SIM
113	ordem tributária	2	LEI N. 8.137/1990	2	2º	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
114	ordem tributária	3	LEI N. 8.137/1990	3	3º, I e II	Rec. 3 a 8 anos, e multa	3 a 8	3	8	NÃO	SIM
115	ordem tributária	4	LEI N. 8.137/1990	4	3º, III	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
116	org. criminosa	1	LEI N. 12.850/2013	1	2º e § 1º	Rec. 3 a 8 anos, e multa	3 a 8	3	8	NÃO	SIM
117	org. criminosa	2	LEI N. 12.850/2013	2	18	Rec. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
118	org. criminosa	3	LEI N. 12.850/2013	3	19	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
119	org. criminosa	4	LEI N. 12.850/2013	4	20	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
120	org. criminosa	5	LEI N. 12.850/2013	5	21 e parágrafo único	Rec. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
121	parcelamento do solo	1	LEI N. 6.766/1979	1	50	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
122	parcelamento do solo	2	LEI N. 6.766/1979	2	50, parágrafo único	Rec. 1 a 5 anos, e multa	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
123	parcelamento do solo	3	LEI N. 6.766/1979	3	52	Det. De 1 a 2 anos, e multa	1 a 2	1	2	NÃO	SIM
124	previdenciário	1	CÓDIGO PENAL	1	168-A e § 1º	Rec. 2 a 5 anos, e multa	2 a 5	2	5	NÃO	SIM
125	previdenciário	2	CÓDIGO PENAL	2	337-A	Rec. 2 a 5 anos, e multa	2 a 5	2	5	NÃO	SIM
126	quebra de sig. banc.	1	LC N. 105/2001	1	10 e parágrafo único	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
127	relações de consumo	1	LEI N. 8.078/1990	1	63 e § 1º	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
128	relações de consumo	2	LEI N. 8.078/1990	2	63, § 2º	Det. 6 meses, ou multa	0,5 a 0,5	0,5	0,5	SIM	NÃO
129	relações de consumo	3	LEI N. 8.078/1990	3	64 e parágrafo único	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
130	relações de consumo	4	LEI N. 8.078/1990	4	65 e § 2º	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
131	relações de consumo	5	LEI N. 8.078/1990	5	66, § 1º	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
132	relações de consumo	6	LEI N. 8.078/1990	6	66 e § 2º	Det. 6 meses, ou multa	0,5 a 0,5	0,5	0,5	SIM	NÃO
133	relações de consumo	7	LEI N. 8.137/1990	6	7º (c/c 9, III)	Det. 2 a 5 anos, ou multa	2 a 5	2	5	SIM	NÃO
134	relações de consumo	8	LEI N. 8.078/1990	7	67	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
135	relações de consumo	9	LEI N. 8.078/1990	8	68	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
136	relações de consumo	10	LEI N. 8.078/1990	9	69	Det. 1 mês a 6 meses, ou multa	0,08 a 0,5	0,08	0,5	SIM	NÃO
137	relações de consumo	11	LEI N. 8.078/1990	10	70	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
138	relações de consumo	12	LEI N. 8.078/1990	11	71	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
139	relações de consumo	13	LEI N. 8.078/1990	12	72	Det. 6 meses a 1 ano, ou multa	0,5 a 1	0,5	1	SIM	NÃO
140	relações de consumo	14	LEI N. 8.078/1990	13	73	Det. 1 a 6 meses, ou multa	1 a 0,5	1	0,5	SIM	NÃO
141	relações de consumo	15	LEI N. 8.078/1990	14	74	Det. 1 mês a 6 meses, ou multa	0,08 a 0,5	0,08	0,5	SIM	NÃO
142	relações de trabalho	1	CÓDIGO PENAL	1	197	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
143	relações de trabalho	2	CÓDIGO PENAL	2	198	Det. 1 mês a 1 ano, e multa	0,08 a 1	0,08	1	NÃO	SIM
144	relações de trabalho	3	CÓDIGO PENAL	3	199	Det. 1 mês a 1 ano, e multa	0,08 a 1	0,08	1	NÃO	SIM
145	relações de trabalho	4	CÓDIGO PENAL	4	200	Det. 1 mês a 1 ano, e multa	0,08 a 1	0,08	1	NÃO	SIM
146	relações de trabalho	5	CÓDIGO PENAL	5	201	Det. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
147	relações de trabalho	6	CÓDIGO PENAL	6	202	Rec. 1 a 3 anos, e multa.	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
148	relações de trabalho	7	CÓDIGO PENAL	7	203 e §1º	Det. 1 ano a 2 anos, e multa	1 a 2	1	2	NÃO	SIM
149	relações de trabalho	8	CÓDIGO PENAL	8	204	Det. 1 mês a 1 ano, e multa	0,08 a 1	0,08	1	NÃO	SIM
150	relações de trabalho	9	CÓDIGO PENAL	9	205	Det. 3 meses a 2 anos, ou multa.	0,25 a 2	0,25	2	SIM	NÃO
151	relações de trabalho	10	CÓDIGO PENAL	10	206	Det. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
152	relações de trabalho	11	CÓDIGO PENAL	11	207 e § 1º	Det. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
153	segurança de dados	1	CÓDIGO PENAL	1	154-A e §1º	Det. 3 meses a 1 ano, e multa	0,25 a 1	0,25	1	NÃO	SIM
154	segurança de dados	2	CÓDIGO PENAL	2	154-A e § 3º	Rec. 6 meses a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
155	segurança de dados	3	CÓDIGO PENAL	3	298, parágrafo único	Rec. 1 a 5, e multa.	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
156	segurança de dados	4	CÓDIGO PENAL	4	266, § 1º	Det. 1 a 3, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM

ANEXO II

CRIMES PATRIMONIAIS SEM VIOLÊNCIA (até art. 180-A)							
N.	Artigo	Pena	Pena	Tempo de prisão (em anos)		Multa Alternativa	Multa Cumulativa
				Mínimo	Máximo		
1	155	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
2	155, § 4º	Rec. 2 a 8 anos, e multa	2 a 8	2	8	NÃO	SIM
3	155, § 4º-A	Rec. 4 a 10 anos e multa	4 a 10	4	10	NÃO	SIM
4	155, § 5º	Rec. 3 a 8 anos	3 a 8	3	8	NÃO	NÃO
5	155, § 6º	Rec. 2 a 5 anos	2 a 5	2	5	NÃO	NÃO
6	155, § 7º	Rec. 4 a 10 anos, e multa	4 a 10	4	10	NÃO	SIM
7	156	Det. 0,5 a 2 anos, ou multa	0,5 a 2	0,5	2	SIM	NÃO
8	161 e § 1º	Det. 0,08 a 0,5 ano, e multa	0,08 a 0,5	0,08	0,5	NÃO	SIM
9	162	Det. 0,5 a 3 anos, e multa	0,5 a 3	0,5	3	NÃO	SIM
10	163	Det. 0,08 a 0,5 ano, ou multa	0,08 a 0,5	0,08	0,5	SIM	NÃO
11	163, parágrafo único	Det. 0,5 a 3 anos, e multa	0,5 a 3	0,5	3	NÃO	SIM
12	164	Det. 0,04 a 0,5 ano, ou multa	0,04 a 0,5	0,04	0,5	SIM	NÃO
13	165	Det. 0,5 a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
14	166	Det. 0,08 a 1 ano, ou multa	0,08 a 1	0,08	1	SIM	NÃO
15	168	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
16	168-A e § 1º	Rec. 2 a 5 anos, e multa	2 a 5	2	5	NÃO	SIM
17	169 e parágrafo único	Det. 0,08 a 1 ano, ou multa	0,08 a 1	0,08	1	SIM	NÃO
18	171	Rec. 1 a 5 anos, e multa	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
19	172 e parágrafo único	Det. 2 a 4 anos, e multa	2 a 4	2	4	NÃO	SIM
20	173	Rec. 2 a 6 anos, e multa	2 a 6	2	6	NÃO	SIM
21	174	Rec. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM
22	175	Det. 0,5 a 2 anos, ou multa	0,5 a 2	0,5	2	SIM	NÃO
23	175, § 1º	Rec. 1 a 5 anos, e multa.	1 a 5	1	5	NÃO	SIM
24	176	Det. 0,04 a 0,16 ano, ou multa	0,04 a 0,16	0,04	0,16	SIM	NÃO
25	177 e § 1º	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
26	177, § 2º	Det. 0,5 a 2 anos, e multa	0,5 a 2	0,5	2	NÃO	SIM
27	178	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
28	179	Det. 0,5 a 2 anos, ou multa	0,5 a 2	0,5	2	SIM	NÃO
29	180	Rec. 1 a 4 anos, e multa	1 a 4	1	4	NÃO	SIM
30	180, §1º	Rec. 3 a 8 anos, e multa	3 a 8	3	8	NÃO	SIM
31	180, § 3º	Det. 0,08 a 1 ano, ou multa, ou	0,08 a 1	0,08	1	SIM	SIM
32	180-A	Rec. 2 a 5 anos, e multa	2 a 5	2	5	NÃO	SIM

ANEXO III

CRIMES PATRIMONIAIS COM VIOLÊNCIA							
N.	Artigo	Pena	Pena	Tempo de prisão (em anos)		Multa Alternativa	Multa Cumulativa
				Mínimo	Máximo		
1	Art. 157 e § 1º	Rec. 4 a 10 anos, e multa	4 a 10	4	10	NÃO	SIM
2	Art. 157, § 3º, I	Rec. 7 a 18 anos, e multa	7 a 18	7	18	NÃO	SIM
3	Art. 157, § 3º, II	Rec. 20 a 30 anos, e multa	20 a 30	20	30	NÃO	SIM
4	Art. 158	Rec. 4 a 10 anos, e multa	4 a 10	4	10	NÃO	SIM
5	Art. 158, § 3º, primeira parte	Rec. 6 a 12 anos, e multa	6 a 12	6	12	NÃO	SIM
6	Art. 159	Rec. 8 a 15 anos	8 a 15	8	15	NÃO	NÃO
7	Art. 159, § 1º	Rec. 12 a 20 anos	12 a 20	12	20	NÃO	NÃO
8	Art. 159, § 2º	Rec. 16 a 24 anos	16 a 24	16	24	NÃO	NÃO
9	Art. 159, § 3º	Rec. 24 a 30 anos	24 a 30	24	30	NÃO	NÃO
10	Art. 160	Rec. 1 a 3 anos, e multa	1 a 3	1	3	NÃO	SIM